

Judicialização de Planos de Saúde: Conceitos, Disputas e Consequências

Organização
Des. Marco Villas Boas
José Cechin

Coordenação
José Cechin

Ana Carolina Maia
Angélica Carlini
Arnaldo Hossepian S. L. Junior
Candice Lavocat Galvão Jobim
Clenio Jair Schulze
Elival da Silva Ramos
Gonzalo Vecina
José Cechin
José L. Carvalho
Luciana Yeung
Luiz Felipe Conde
Marcos Paulo Novais
Min. Luis Felipe Salomão
Min. Marco Aurélio Buzzi
Min. Marco Aurélio Mello
Min. Ricardo Villas Bôas Cueva
Natália Pires de Vasconcelos
Paulo Furquim de Azevedo
Ramiro Nóbrega Sant'Ana
Samir José Caetano Martins



**JUDICIALIZAÇÃO DE PLANOS DE SAÚDE:
CONCEITOS, DISPUTAS E CONSEQUÊNCIAS**

Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais da Magistratura
COPEDEM



Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais da Magistratura

Presidente

Desembargador MARCO VILLAS BOAS

Vice-Presidente

Diretor Acadêmico de Cursos e Convênios Internacionais
Desembargador Jones Figueiredo Alves

Vice-Presidente

Diretor Administrativo
Desembargador Edvaldo Pereira Moura

Diretor Financeiro

Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque

Vice-Diretor Financeira

Desembargador Ricardo Ferreira Nunes

1ª Secretária

Desembargadora Maria Erotides Kneip Baranjak

2º Secretário

Desembargador Roberto Barros dos Santos

Diretor do Instituto Antonio Rulli Júnior

Desembargador Márcio Vidal (Centro de Estudos da América Latina)

Judicialização da saúde / organizadores Marco Villas Boas, José Cechin.
Palmas: Editora Esmat, 2020.
364 p.
ISBN: 978-65-990310-7-6
Coletânea de artigos do IX Congresso Jurídico de Saúde Suplementar realizado pelo Colégio Permanente de Diretores de Escolas da Magistratura (COPEDEM) em parceria com o Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS), Brasília 15 e 16 de agosto de 2019.
I - Saúde suplementar: 2 – Judicialização da saúde. I Villas Boas, Marco. II Cechin, José

Projeto Gráfico e Diagramação: Roberto Pires
Impressão: Gráfica Midiograf
Tiragem: 1000 exemplares

Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais da Magistratura

O conteúdo dos artigos constantes dessa obra é de exclusiva responsabilidade de seus autores.





Prefácio

Ao término do IX Congresso Jurídico de Saúde Suplementar, realizado em Brasília nos dias 15 e 16 de agosto de 2019, após programação intensa e profundos debates, foi possível notar em conversas entre participantes uma sensação de que aquele encontro havia sido diferente dos promovidos nos oito anos anteriores. O Congresso, fórum realizado pelo Colégio Permanente de Diretores de Escolas da Magistratura (COPEDEM), sempre teve foco em debater conceitos, legislação, jurisprudência e doutrinas jurídicas para compreender as causas, os desafios e as adversidades que tornavam a saúde suplementar um foco de geração de demandas judiciais. Nesse encontro, concentraram-se os esforços para entender as causas das controvérsias jurídicas, formas de solução de conflitos e como essa tendência de judicialização crescente impacta na existência e sustentabilidade do setor.

Relembrando um pouco a história. Em 2010, uma década da publicação da Lei nº 9.656 – a chamada Lei dos Planos de Saúde –, datada em junho de 1998, e também da fundação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), em 2000, magistrados de todo o País manifestavam preocupação com o crescimento do número de processos judiciais envolvendo o setor, uma possível consequência da expansão da base de beneficiários e também da evolução da própria medicina e do acesso aos serviços de saúde.

Inovações produzidas em qualquer parte do mundo tornaram-se quase que instantaneamente conhecidas em todas as nações, até mesmo naquelas que ainda estão em estágios intermediários de desenvolvimento. Esse fato acende as aspirações – ter acesso, o mais rapidamente possível, às mais recentes inovações, que normalmente são muito dispendiosas. Mas o crescimento das aspirações nem sempre vem acompanhado do crescimento *pari passu* das rendas. Esse descompasso leva as pessoas a buscarem acesso, muitas vezes precocemente, isto é, antes mesmo do necessário registro nos órgãos de vigilância sanitária, via demandas ao judiciário.

Em 2010, os planos médico-hospitalares haviam chegado ao redor de 45 milhões de beneficiários, um crescimento na ordem de 50% em comparação ao patamar 30,5 milhões de vidas, em 2000. Nessa década, o nível de cobertura nacional da saúde suplementar cresceu até 2014, chegando a um quarto da população, mas, a partir de 2015, o número de beneficiários caiu, e, ao final dessa década, a cobertura continuava praticamente no mesmo patamar de 2010, hoje (2020), no patamar de 47 milhões de beneficiários.

Controvérsias e disputas judiciais sempre permearam o sistema, desde sua origem. A Lei, de 1998, por representar um avanço, também gerou expectativa em muitos atores da cadeia de valor sobre o potencial de dirimir a busca pelos tribunais para resolver questões





previstas na regulamentação. Entretanto, provavelmente por causa da dinâmica transformadora do setor, expressa, por exemplo, nas inovações tecnológicas, além de importantes mudanças econômicas e sociais vividas pelo Brasil no período, notou-se, na década posterior à Lei dos Planos de Saúde, que ainda havia um volume significativo de demandas judicializadas. Sensível ao tema, ainda naquele momento, o Copedem procurou o Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS) para, em conjunto, criarem um fórum de debates e troca de conhecimento para propor iniciativas com vista a diminuir controvérsias e apontar temas que o Judiciário pudesse priorizar para, antecipadamente, evitar as disputas. Nascia, então, o Congresso Jurídico de Saúde Suplementar.

O que a Edição de 2019, a nona, trazia de diferente em seus conteúdos? Por que havia a sensação de que os debates daquele ano se diferenciavam dos anteriores? Claro que ninguém imaginava que, menos de seis meses depois, o mundo ficaria “de pernas para o ar” diante da maior crise sanitária do século: a pandemia provocada pelo Novo Coronavírus (SARS-Cov-2). Não haveria quem pudesse, naquele momento, esperar por algo dessa magnitude, ceifando mais de 1 milhão de vidas pelo mundo, mudando o rumo e o comportamento da humanidade e restabelecendo novas rotinas nas sociedades. O “novo normal” não foi pensado. Dentre os projetos e as expectativas para o X Congresso Jurídico de Saúde Suplementar, no ano seguinte, não se cogitava o adiamento do encontro diante da total impossibilidade de haver aglomeração de pessoas, além do medo individual de contaminação com o vírus.

O olhar em retrospectiva torna difícil responder sobre algum ponto específico que tornava aquele encontro especial. Mudanças de análise e de interpretações no ambiente jurídico resultam de um processo lento e por vezes silencioso. Mas alguns indicativos de uma nova fase chamavam a atenção. Discutiu-se muito naquele Encontro sobre novos mecanismos de acesso ao Judiciário, meios de resolução de conflitos por acordos, respeito aos termos previstos em contratos, preservação de princípios de mutualismo pensando em acordos coletivos e uma preocupação generalizada sobre a chamada “judicialização da saúde”: suas motivações e suas consequências.

Diante de um processo rico em debates e reflexões, com temas provocativos e atuais, e com grande potencial para colaborar na compreensão da saúde suplementar e na construção de soluções para as disputas, o Instituto de Estudos de Saúde Suplementar consultou o presidente do Copedem sobre a possibilidade de aquele conteúdo ser incluído em um livro. A sugestão foi prontamente aceita pelo então desembargador Marco Villas Boas, o que resultou nessa obra. Ainda de comum acordo, resolveu-se incluir também um conjunto de outros artigos que foram a base de um curso à distância organizado pela Escola da Magistratura de Tocantins (ESMAT) em parceria com Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS).





Portanto, muito além de reunir anais do IX Congresso Jurídico de Saúde Suplementar, a abordagem editorial aqui aplicada buscou uma visão integrada e complementar sobre o fenômeno “judicialização da saúde”, com artigos de estudiosos, acadêmicos, economistas, profissionais de saúde. Orientamos a obra para um roteiro, não explícito, mas de certa maneira intuitivo, para conduzir o leitor a uma jornada de compreensão sobre as bases nas quais a saúde suplementar se estabeleceu, até mesmo seus fundamentos atuariais, econômicos, jurídicos e assistenciais. Depois, os especialistas apontaram alguns motivadores e catalizadores da judicialização. Isso, conforme explicita a obra, implica riscos presentes e futuros a esse setor e analisa as consequências econômicas, sociais e assistenciais dessa situação. Longe de querer esgotar o tema, os autores reúnem esforços para a compreensão da dinâmica estabelecida e como procurar meios para preservar o equilíbrio e a manutenção do sistema.

Aqui cabe um agradecimento especial a cada um dos autores. Raras vezes foi possível reunir tamanho brilhantismo e notório saber em uma obra jurídica, essencialmente multidisciplinar, dedicada à saúde suplementar. Reflexo do novo momento da saúde, em que distintas especializações se integram e se complementam para oferecer as melhores respostas, é uma felicidade imensa ver economistas, administradores, médicos e operadores do Direito unidos pelo esforço conjunto de compreender os contratempos que acometem o setor e, coletivamente, proporem um esforço intelectual para o enfrentamento dessas adversidades.

O acesso ao Judiciário é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito. Sem ele, não existe uma sociedade equânime e justa. Portanto, o direito de recorrer ao Judiciário para decidir sobre situações consideradas injustas é irrevogável.

Sem prescindir desse princípio, o empenho aqui é o de tornar melhor a atmosfera jurídica e regulatória na qual a saúde suplementar respira. Ao atender a uma parcela significativa da população, o setor contribui para desafogar o Sistema Único de Saúde, gera empregos e arrecada tributos, além de garantir acesso ao cuidado e à preservação da vida. Cabe lembrar que muitas das disputas judiciais que afligem a saúde suplementar também acometem o Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, encontrar meios para tornar o sistema equilibrado e inclusivo significa também colaborar para que toda a sociedade possa ter acesso aos serviços de saúde.

É com esse espírito de colaboração, integração, olhares distintos e com propostas que nos esforçamos para construir essa obra. Esperamos ser uma contribuição efetiva.

Boa leitura!

Organizadores

Marco Villas Boas
Presidente do COPEDEM

José Cechin
Superintendente executivo do IESS







SUMÁRIO

- INDIVIDUALISMO, LIBERDADE, PROPRIEDADE E IMPÉRIO DA LEI -
A ESSÊNCIA DA MODERNIDADE** | 09
José L. Carvalho
- CONCEITOS FUNDAMENTAIS SOBRE PLANOS PRIVADOS DE
ASSISTÊNCIA À SAÚDE** | 51
Samir José Caetano Martins
- CONCEITOS APLICADOS NA SAÚDE PARA COMPREENDER
URGÊNCIAS E EMERGÊNCIAS** | 87
Gonzalo Vecina
- JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL** | 103
Elival da Silva Ramos
- FUNDAMENTOS ECONÔMICOS E ATUARIAIS DOS PLANOS DE SAÚDE** | 117
Ana Carolina Maia e Marcos Paulo Novais
- ANÁLISE JURÍDICA DO SETOR DE SAÚDE SUPLEMENTAR** | 139
Ministro Marco Aurélio Mello
- JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE** | 153
Candice Lavocat Galvão Jobim / Ramiro Nóbrega Sant´Ana
- ANÁLISE DA CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE** | 179
José Cechin
- A MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO À EXCESSIVA
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE** | 199
Ministro Marco Aurélio Buzzi

**TEMAS CONTROVERTIDOS SOBRE O RESSARCIMENTO AO SUS -
TERMO PRESCRICIONAL, IVR E COBRANÇA DE ENCARGOS** | 213
Luiz Felipe Conde

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL | 223
Natália Pires de Vasconcelos e Paulo Furquim de Azevedo

**A RELEVÂNCIA DO PODER REGULATÓRIO DA AGÊNCIA NACIONAL DE
SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS) NOS LITÍGIOS ENTRE OPERADORAS E
BENEFICIÁRIOS DE PLANOS DE SAÚDE, ESPECIALMENTE NA
JURISPRUDÊNCIA DO STJ** | 241
Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

ATUAÇÃO JUDICIAL E A INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS | 271
Ministro Luis Felipe Salomão

**JUSTIÇA E DIREITO À SAÚDE: A ATUAÇÃO DO FÓRUM DA SAÚDE DO
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA EM PROL DA JUDICIALIZAÇÃO
QUALIFICADA** | 279
Arnaldo Hossepian S. L. Junior

ALGUMAS LIÇÕES ECONÔMICAS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE | 293
Luciana Yeung

**O JUIZ E A PANDEMIA: EM BUSCA DA NOVA JUDICIALIZAÇÃO DA
SAÚDE** | 313
Clenio Jair Schulze

**PANDEMIA E SAÚDE SUPLEMENTAR: REFLEXÕES À LUZ DAS
NORMAS DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS)** | 341
Angélica Carlini



INDIVIDUALISMO, LIBERDADE, PROPRIEDADE E IMPÉRIO DA LEI A ESSÊNCIA DA MODERNIDADE*

JOSÉ L. CARVALHO

José L. Carvalho

Ph.D. em Economia pela Universidade de Chicago (USA). Economista Associado da Silcon Estudos Econômicos Ltda. Membro do Conselho Econômico da Sociedade Nacional de Agricultura e da Academia Internacional de Direito e Economia. Publicou livros e artigos científicos em periódicos especializados, do Brasil e do exterior. Suas publicações se concentram na economia da regulamentação e dos direitos de propriedade, agricultura, comércio internacional e econometria.

Property and law are born and must die together.
Before the laws, there was no property: take away
the laws, all property ceases.
Jeremy Bentham
Principles of Civil Code, 1843.

* Este trabalho é baseado na apresentação feita no IV Workshop de Análise de Impacto Regulatório da Federação Nacional de Saúde Suplementar, Auditório CNseg, Rio de Janeiro, 30 de maio de 2019. Foi revisto e atualizado, em maio de 2020, para ser apresentado no X Congresso Jurídico da Saúde Suplementar.





1. INTRODUÇÃO

Um dos eventos mais importantes na história da humanidade é a revolução individualista, que pôs fim à Idade das Trevas. Curiosamente, essa revolução desenvolveu-se no seio da Igreja Católica a partir da revisão da interpretação de Gênesis: Como o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, e Deus sendo o criador, cabe ao homem, no exercício de sua humanidade, criar. Para criar, o homem precisa ser livre para questionar: A razão contemplativa da Idade Média dá lugar à razão experimental de Descartes. A Reforma religiosa reforça o individualismo: não é a congregação que conduz o homem a Deus, mas sim a leitura reflexiva das sagradas escrituras. A concepção individualista se desenvolve na compreensão da sociedade: na política com o *contrato social* de Hobbes e na economia com a *mão invisível* de Adam Smith.

A sociedade moderna é individualista e fragmentada pelo pluralismo. É complexa e dinâmica, com evolução acelerada, marcada pela inovação tecnológica e pela redução dos custos de transação. Dono de seu próprio destino, o homem livre enfrenta um futuro incerto. O pluralismo decorrente do individualismo, a propriedade privada e a liberdade de agir em seu próprio interesse sob o império da lei promovem a administração da escassez pelo mecanismo de mercado livre. Entretanto, tal pluralismo torna difíceis as decisões coletivas em qualquer sociedade. O convívio pacífico nesse contexto social exige, nas decisões coletivas, o convencimento pela razão. A democracia é inevitável. Assim, a essência da sociedade moderna reside em uma ordem social que preserva a individualidade e a liberdade do homem.

Em uma sociedade em que a liberdade, os direitos individuais e os direitos de propriedade são genericamente reconhecidos e respeitados, o sistema livre de mercado aloca de forma eficiente seus recursos escassos. Essa eficiência tem sido representada pela imagem da mão invisível usada, há pouco mais de duzentos e quarenta anos, por Adam Smith. Entretanto, a promoção do bem-estar social pelo mercado livre só é possível sob certas hipóteses restritivas. A violação dessas hipóteses, no mundo real, tem provocado uma reação contrária às possíveis benesses advindas do mercado livre sob o pretexto de que no mundo real tais hipóteses não se verificam.

Contrariamente à posição desses “realistas”, as chamadas falhas do mercado livre não nos conduzem a propalar a intervenção estatal como meio de promoção do bem-estar social. Essas falhas nos levam, sim, a delimitar a ação do Estado, numa sociedade com as características mencionadas acima, de modo a se preservar a liberdade sem prejuízo para o nível de bem-estar social.

Nesse contexto, caberia ao Estado:



- a promoção e manutenção do Estado de Direito (ordem constituída), por meio de leis e regulamentos e da administração da justiça¹;
- a produção em certos casos e, de um modo geral, a promoção de financiamento da produção de bens públicos, isto é, bens cujo consumo por parte de um indivíduo não reduzem o consumo de outrem (como por exemplo, segurança nacional);
- a promoção de bens com elevado grau de externalidades como, por exemplo, segurança pública, educação primária e saúde pública².

Muitos cientistas sociais incluem nessa lista de atribuições do Estado o provimento e a administração de uma moeda de curso forçado. Entretanto, como bem demonstrou Hayek (2011), prêmio Nobel de Economia, em 1974, melhor seria, em termos de eficiência e liberdade, que o cidadão pudesse escolher qual moeda utilizar entre as várias oferecidas por agentes privados. De modo a manter o foco deste trabalho, circunscrito à administração de ações coletivas pelo governo, a existência e a funcionalidade de moedas concorrentes em uma mesma sociedade não serão consideradas.

Desse modo, para cumprir sua missão de administrar a ação coletiva dos indivíduos, o governo extrai, de forma compulsória, recursos produtivos dos cidadãos por meio de impostos, taxas, contribuições e até regulamentação.

É comum a afirmação de que a carga tributária que incide sobre o brasileiro é elevada. Há consenso de que as instituições fiscais do Brasil são complexas, há muitos impostos, taxas e contribuições, a burocracia é sufocante e a administração pública é pouco eficiente.

Há na ciência econômica duas aproximações complementares para a análise do setor público em uma sociedade: finanças públicas e a escolha pública. Finanças públicas, como estudo sistemático de impostos, têm sua origem no Livro V da Riqueza das Nações, de Adam Smith. Os princípios da habilidade de pagamento e do pagamento do imposto pelo benefício recebido, assim como as questões de eficiência do sistema

¹ No caso da administração da justiça, há fortes argumentos, quanto à eficiência do sistema, contrários à ação do Estado. Historicamente, a administração da justiça era mantida por cortes privadas até que os indivíduos e as organizações, numa visão míope e por interesses conjunturais, delegaram ao Estado tal função. Ver a este respeito Friedman (1973).

² Externalidades decorrem do fato de que, em alguns casos, as ações de um agente econômico produzem custos ou benefícios para outros sem que o originário da ação pague por estes custos ou seja compensado pelos benefícios apropriados por outros.



tributário que consideravam tanto o custo administrativo do sistema quanto os efeitos alocativos dos impostos e seus impactos sobre o bem-estar, ainda podem ser encontrados nos textos modernos de finanças públicas. Nessa área, o trabalho de Richard A. Musgrave foi determinante para o estabelecimento de Finanças Públicas como uma disciplina importante da ciência econômica.

A escolha pública considera o financiamento de bens públicos – os quais são caracterizados como bens obtidos pela ação coletiva dos indivíduos – incorporando à análise o processo político e as instituições fiscais, particularmente o orçamento público. Não é possível mencionar a escolha pública sem identificar James M. Buchanan, prêmio Nobel de Economia, em 1986, como seu principal artífice. O uso do instrumental analítico da escolha pública no estudo da realidade fiscal permite uma melhor compreensão das questões tributárias, além de evitar comparações entre medidas estatísticas (carga tributária) que, quando consideradas, desviam a atenção das pessoas dos aspectos fiscais realmente fundamentais. A abordagem da questão tributária que se segue está calcada na escolha pública.

Imposto e tributo são palavras usadas como sinônimas e estão comumente associadas a governo e a bem público. Entretanto, a história nos ensina diferentes lições: *i)* impostos e tributos são anteriores às sociedades ocidentais³; *ii)* impostos incidem sobre pessoas e tributos sobre grupos derrotados nas guerras; *iii)* impostos nem sempre foram monopólio do governo; na Europa Ocidental durante vários séculos (principalmente do século XI ao XVII), além do rei, os nobres e a igreja confiscavam parte dos recursos do povo por meio de impostos; *iv)* impostos e tributos estão associados à burocracia e a poder discricionário; *v)* que os interesses da burocracia e da administração pública são sustentados pela carga tributária, embora o bem público seja o argumento usado para justificar impostos ou o aumento destes; *vi)* que com a emergência da sociedade moderna – fundada na liberdade individual, na economia de mercado, organizada politicamente como democracia sob o estado de direito –, os impostos perderam sua característica unilateral para se tornarem objeto de decisão coletiva⁴.

³ Evidências arqueológicas que datam de 6.000 anos indicam a existência, na localidade de Lagash (cidade localizada na Mesopotâmia, ao sul da Babilônia), de um sistema tributário organizado para financiar uma guerra pelo controle de água. Os coletores de impostos, guerreiros armados, usavam da força para arrecadar recursos para o chefe do Clã (ou rei). Com o fim da guerra, os arrecadadores de impostos perderam sua função, mas se recusaram a abrir mão de seu poder arrecadador. Possivelmente, esta foi a primeira revolução da burocracia.

⁴ Os marcos históricos desta conquista ocorreram na Inglaterra com a Magna Carta, de 1215 (limitava o poder do monarca ao consenso dos barões na fixação do imposto de isenção de serviço militar – *scutage*), e com o *English Bill of Rights*, de 1689 (impostos só se tornariam efetivos se autorizados pelo Parlamento).



O indivíduo, em face da escassez, deve escolher como usar seus recursos entre as diversas alternativas possíveis. Suas escolhas, num contexto social, são de duas naturezas: privada e pública. As decisões individuais de natureza privada se referem às escolhas de responsabilidade única do indivíduo, mas limitadas pelas instituições sociais, como leis, regulamentos, direitos de propriedade. A ciência econômica sugere que, em suas escolhas individuais, o homem aja racionalmente, isto é, maximize seu bem-estar, comparando, na margem, os custos aos benefícios de cada uma de suas ações. Embora irrealista, o modelo de comportamento individual desenvolvido pela ciência econômica tem tido sucesso na explicação da ação humana, bem como na antecipação dos resultados dessa ação. Toda ação humana em mercado livre é de natureza privada. Entretanto, nem todos os custos ou benefícios gerados pela ação individual ficam circunscritos a esse indivíduo.

Quando – respeitadas as instituições sociais – a ação individual afeta terceiros, alterando seus custos e/ou benefícios, os economistas dizem que ocorreu externalidade. Em um sistema econômico de livre mercado, externalidades têm sido identificadas como uma falha do mercado na promoção da eficiência econômica, isto é, extrair dos recursos escassos o maior bem-estar possível para os indivíduos, sejam consumidores ou produtores.

Além das externalidades, as falhas de mercado estão associadas: *i*) a indivisibilidades que, em geral, resultam de problemas técnicos na produção ou distribuição do bem em questão; *ii*) à existência de *bens públicos*, isto é, bens cujo consumo por parte de um indivíduo não reduzem o consumo deste mesmo bem por qualquer outro indivíduo no mesmo momento, nessa mesma sociedade; e *iii*) à existência de bens de propriedade comum, ou seja, bens que pertencem não a um indivíduo ou a um pequeno grupo de indivíduos, mas a uma grande coletividade. Há ainda, como muitos economistas consideram como falha de mercado, a assimetria de informação. Entretanto, por natureza, seja qual for a informação, ela não produz o mesmo conhecimento para diferentes indivíduos. Assim, a assimetria de informação não será tratada como falha de mercado. Consideremos, separadamente, cada uma das quatro falhas de mercado aqui consideradas.

De um modo geral, externalidades ocorrem pela impropriedade na definição dos direitos do indivíduo, como no caso de poluição do ar ou da água. Em algumas situações, a imposição de normas e regulamentos pode proteger o meio ambiente da ação poluidora dos indivíduos. Sem dúvida, há aqui um papel importante para uma ação coletiva.

As indivisibilidades no processo produtivo decorrem de problemas tecnológicos. Assim as sociedades têm utilizado o conceito de monopólio natural para contornar tal dificuldade. Monopólio natural é um monopólio concedido a um único produtor, pela



sociedade (muitas vezes pelo governo), porquanto a obtenção do bem em questão, pela ação de vários produtores, devido à indivisibilidade, ocorreria a custos maiores do que aquele de monopólio. Essa é a razão para se ter uma única empresa distribuindo água numa cidade. A infraestrutura de transporte da água (toda a tubulação) é indivisível. A existência de mais de um fornecedor implicará tubulações paralelas; portanto, a obtenção desse serviço se dará a um custo, para a sociedade, muito mais elevado do que no caso de monopólio.

Bens públicos, contrariamente a um bem de natureza privada, ainda que comuns na sociedade, representam uma falha de mercado em termos de eficiência alocativa pela não produção do bem. O principal problema associado ao bem público é o de financiamento de sua produção. Um bem privado, batata, por exemplo, é financiado pelo mercado. Os compradores do bem pagam pelo seu consumo que, uma vez apropriado por um indivíduo, impede qualquer outro de consumi-lo. Um quilo de batata que eu compre não pode ser comprado por outra pessoa. A ação livre dos produtores e dos consumidores do bem privado é suficiente, por meio dos mecanismos de preço, para direcionar os recursos necessários à produção do bem na quantidade que a sociedade deseja. No caso do *bem público*, o problema, como mencionado, é de como financiar sua produção, uma vez que, produzido, todos os membros da sociedade, indistintamente, têm acesso ao *bem público*⁵.

Ruas, praças, jardins, praias, rios, lagoas, são alguns dos exemplos de bens de propriedade comum. A existência desses bens apresenta algumas dificuldades para a promoção do bem-estar numa sociedade, precisamente porque nesses casos o direito de propriedade é mal definido. Congestionamento de tráfego, exploração predatória do meio ambiente são alguns exemplos dos problemas gerados pela existência de bens de propriedade comum. Ainda que eu não queira, as ruas do Rio de Janeiro me pertencem, embora eu não possa exercer livremente meu direito de propriedade sobre elas, porquanto são de propriedade comum. Posso ir e vir livremente pelas ruas, dependendo da hora e de certo risco, e todos reconhecem esse meu direito. Entretanto, não tenho exclusividade ou a possibilidade de transferir esse meu direito para outrem.

⁵ O exemplo mais comum na literatura do bem público é a segurança nacional. Ainda que eu não pague imposto de nenhuma natureza, por residir em determinado país, benefico-me do mesmo grau de segurança nacional que qualquer outro residente. Entretanto, bens públicos podem ser livremente produzidos no mercado, como, por exemplo, qualquer obra musical ou mesmo um conhecimento científico, como o teorema de Pitágoras.





A existência de falhas de mercado nos leva a uma qualificação fundamental para as considerações sobre promoção do bem-estar. Em uma sociedade em que se valoriza a liberdade e se preservam os direitos fundamentais do homem, definindo-se apropriadamente os direitos de propriedade, a ação privada e livre dos indivíduos no mercado produz o maior bem-estar possível, isto é, o problema da escassez é administrado da melhor maneira possível. Ora, se a sociedade atinge desse modo o maior bem-estar possível, o sistema livre de mercado sob o estado democrático de direito é a melhor forma de se promover o bem-estar dos indivíduos. Entretanto, devido às falhas de mercado, a melhor qualidade de vida atingível se dará pela obra do mercado livre, conjugada com uma ação coletiva economicamente eficiente, ou seja, os bens e os serviços promovidos por essa ação coletiva são obtidos a custos menores do que se promovidos exclusivamente pela ação individual privada. Isso nos conduz à discussão sobre o papel das decisões coletivas na promoção do bem-estar.

A pluralidade da sociedade moderna requer o estabelecimento de um processo decisório que represente a ação coletiva dos indivíduos autônomos e livres. O sistema político congrega as instituições que viabilizam a ação coletiva. Se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de um sistema político para institucionalizar as decisões coletivas. A racionalidade individual levaria a sociedade de anjos às escolhas públicas mais eficientes.

Como as demais instituições sociais, o sistema político deve ser estável para que o processo de decisão coletiva seja aprendido por todos os indivíduos. Por estabelecer regras claras para decisões coletivas, as instituições políticas permitem que cada indivíduo identifique tanto os custos quanto os benefícios que lhe cabem em decorrência de tais decisões. É indispensável, entretanto, que na sociedade moderna, aqui caracterizada, as instituições políticas preservem e protejam a propriedade privada e as liberdades e direitos individuais. Por certo, mudanças institucionais podem ocorrer em uma sociedade, mas no curto prazo as decisões individuais, sejam elas de natureza privada ou coletiva, estão subordinadas à organização institucional da sociedade. Desse modo, a ordem institucional de uma sociedade afeta o bem-estar e a prosperidade dos indivíduos⁶. Especificamente, a concepção do sistema político tem impacto sobre os custos e os benefícios apropriados pelos indivíduos em decorrência de decisões coletivas.

⁶ De como as instituições afetam o bem-estar e a prosperidade dos indivíduos em uma sociedade, renderam a Douglass C. North o prêmio Nobel de Economia, em 1993.



Assim, em uma sociedade moderna, na qual prevalecem a economia de mercado, o estado de direito e a democracia política, cabe ao indivíduo, sob um marco institucional estável, alocar seus recursos entre suas ações privadas e coletivas⁷. A natureza humana, no entanto, requer instituições fiscais que possam transferir recursos do indivíduo para o sistema político, de modo a viabilizar as ações coletivas: impostos são inevitáveis. Portanto, num sistema político verdadeiramente democrático, impostos não retiram do indivíduo o poder de decidir como alocar seus recursos entre bens privados e coletivos, apenas restringem suas escolhas.

Porque as instituições fiscais afetam as decisões individuais, as pessoas precisam estar informadas sobre as novas restrições que tais instituições representam para suas escolhas. Como o indivíduo não é onisciente, ele usa parte de seus recursos para obter informações para melhor fazer suas escolhas. Quanto mais claras forem as instituições fiscais, menor será o custo de escolha incorrido pelo indivíduo em face da existência de impostos. De outro modo, quanto mais complexa for a instituição fiscal, maiores serão os custos incorridos pelo indivíduo na identificação dos custos e dos benefícios apropriados por ele em decorrência do imposto. Nesse sentido, o orçamento público é uma peça importante para a eficiência da instituição fiscal.

A dificuldade na identificação do impacto da instituição fiscal sobre as escolhas individuais, e conseqüentemente sobre os custos e benefícios dos impostos apropriados pelo indivíduo, apresenta alguns problemas. A complexidade da instituição fiscal implica mais custos de informação para os indivíduos, provocando desperdício de recursos escassos.

Supondo-se que um indivíduo tenha de pagar R\$ 100,00 (cem reais) de impostos, mas, ao contratar serviços especializados em orientação fiscal, devido à complexidade das normas, possa reduzir seu imposto a pagar. A racionalidade econômica levá-lo-á a contratar tais serviços até que o custo na margem de poupar R\$ 1,00 (um real) de imposto seja igual a R\$ 1,00 (um real). Esta não é uma situação hipotética, pois consultores fiscais prosperam em quase todas as sociedades que dispõem de instituição fiscal sofisticada. Ademais, o exemplo ilustra a escolha individual entre alocar recursos para ação privada (consultor fiscal) ou coletiva (imposto). Claro está que quanto maior a carga tributária incidente sobre um indivíduo, maior será seu estímulo para usar os serviços de consultor fiscal, de modo a transferir menos recursos para as ações coletivas.

⁷ Quanto mais direta for a democracia mais eficiente se torna a ação coletiva. Como de um modo geral prevalece a democracia representativa, sujeita a todos os problemas de representatividade do eleitorado, as escolhas individuais entre as ações públicas e privadas são determinantemente afetadas pelas regras do sistema político.



Por vezes, o indivíduo não consegue identificar os benefícios que a ação pública lhe proporciona. Isso pode ocorrer por várias razões: a instituição fiscal é complexa, grande parte dos benefícios foi apropriada pelo indivíduo no passado ou será apropriada no futuro, ou, ainda, o indivíduo valoriza o que recebe de benefícios pela ação coletiva muito abaixo do total de imposto a ser pago por ele. A não identificação dos benefícios gerados pela instituição fiscal ou a percepção de que a carga tributária é relativamente elevada podem estimular a sonegação.

Como sonegar impostos é crime passível de punição, pode-se argumentar que o cidadão está para a autoridade fiscal assim como a vítima está para o assaltante. Se formos forçados a pagar R\$ 100,00 (cem reais) de impostos, teremos menos cem reais para satisfazer nossos desejos. Se formos forçados por um assaltante a entregar-lhe R\$ 100,00 (cem reais), exceto pelo custo psicológico, nas duas situações o resultado é o mesmo: teremos menos cem reais para satisfazer nossos desejos.

A diferença entre o assaltante e a autoridade fiscal depende das instituições política e fiscal. Quando a sociedade está organizada politicamente em um estado democrático de direito, e a instituição fiscal é eficiente, com regras claras para as decisões coletivas – regras estas que permitam a participação efetiva dos indivíduos –, a autoridade fiscal é o bom ladrão. Ela é simplesmente intermediária, facilitadora da ação coletiva dos indivíduos. Nesse caso, os impostos existentes refletem a escolha dos indivíduos na alocação de seus recursos entre ações privadas e coletivas. Contrariamente, quando a instituição política concentra poder, e a instituição fiscal é confusa, contraditória e arbitrária, a burocracia se fortalece e assume o papel do mau ladrão, isto é, do assaltante. Nesse caso, os impostos não refletem as escolhas dos indivíduos, e o orçamento público reflete os interesses dos detentores do poder político.

Tanto o bom quanto o mau ladrão são casos extremos. Cada sociedade com suas instituições próprias estará, em determinado momento, mais próxima de um ou de outro. Assim, talvez seja mais produtivo, ao invés de examinarmos a carga tributária, devemos nos perguntar se nossas instituições nos colocam ao lado do mau ou do bom ladrão.

O processo democrático autêntico exige mecanismos de proteção ao indivíduo. A caracterização e a proteção dos direitos individuais, bem como a imposição de limites à regra da maioria são incorporadas à instituição política. O objetivo da Constituição é exatamente o de proteger o indivíduo da concentração de poder promovida por instituições que regulam a ação coletiva, qual seja: o governo. Infelizmente, nossa Constituição Cidadã não foi concebida com este propósito. Nossa organização em república federativa também não cumpre sua função de diluir o poder do governo e, por isso mesmo, nossa instituição fiscal está cada vez mais distante do bom ladrão.



Nossa preocupação neste trabalho se refere à ação do Estado enquanto regulador, dentro da ordem constituída. Assim nos concentraremos na ação normativa do Estado, por meio da regulamentação. Em particular, daremos ênfase à regulamentação econômica. Na segunda seção, discutiremos os elementos básicos para o estabelecimento de regulamentação econômica, os quais nos conduzirão à delimitação da ação reguladora, de modo a preservar a liberdade individual e o direito de terceiros. Na seção seguinte, de modo a se compreender o processo de regulamentação, serão apresentadas as várias correntes de pensamento que procuram explicar a regulamentação, com ênfase à teoria econômica da regulamentação.

Nas duas seções seguintes, serão fornecidos alguns exemplos de mau uso da regulamentação e de que forma nossa herança institucional tem favorecido o advento de falhas de governo.

2. O PAPEL DO ESTADO REGULADOR

Tradicionalmente, as chamadas falhas dos sistemas de preços têm no Estado o agente corretor, por meio da ação do governo. Assim, de um modo geral, externalidades são corrigidas por regulamentos impostos pelo governo, que venham a caracterizar de forma inequívoca os direitos de propriedade dos agentes econômicos envolvidos ou que restrinjam a ação dos usuários de bens de propriedade comum. No Brasil, na maioria das vezes, o Estado, por meio da autoridade pública, contorna o problema de propriedade comum, apropriando-se dos bens, como ocorre com rios, lagos e mares. As dificuldades oriundas de indivisibilidades, assim como as dos *bens públicos*, têm sido resolvidas pela intervenção direta do Governo por meio de concessão regulada de poder monopolístico ou da própria produção dos bens pelo Estado.

Nosso principal interesse neste trabalho refere-se à imposição de regulamentos e normas que venham a cercar a livre ação dos agentes econômicos. Como, pela organização social, cabe ao Governo a definição dessas normas, as perguntas: O quê? Como? Para quem regular? não podem, inequivocamente, ser respondidas por um sistema de preços. Não há dúvida, entretanto, que, por meio do tráfico de influências ou *lobby*, regulamentações são aprovadas e, de modo geral, têm favorecido a grupos. Como responder às três perguntas, dada a ausência de um mercado formal para a regulamentação? Seria muito simples atribuir-se a um poder superior, o Governo no caso, a responsabilidade de respondê-las. Essa responsabilidade, porém, não pode ser delegada pela sociedade ao governo sem que se cristalizem, na sociedade, os limites das ações do Estado enquanto regulador. De modo a orientar essa discussão, consideremos que cada uma das perguntas propostas fosse respondida pela sociedade, por intermédio do governo, num contexto de regulamentação.



O que regular?

Regulamentação pode ser vista como uma restrição intencional sobre escolhas de atividades, imposta por uma entidade não diretamente envolvida na atividade regulada. Assim, é preciso, inicialmente, caracterizar-se o regulador, isto é, quem tem o poder de impor restrições à ação dos agentes econômicos. Isso há de ser feito pela legislação específica que caracterize o órgão regulador em todas as suas dimensões. Desse modo, o judiciário, quando provocado, é quem controla o regulador. Na caracterização do regulador, é preciso conceder-lhe meios para impor tais normas e exercer um policiamento no que se refere ao cumprimento destas, bem como um sistema que puna aqueles que venham infringi-las.

É importante ter-se em mente que a regulamentação surge de um processo dinâmico que gera uma regra a ser cumprida, a qual está associada ao objetivo da regulamentação e, conseqüentemente, à racionalidade, sob o ponto de vista social, desta norma, isto é, a necessidade de se ter tal regra. Por isso mesmo, Mitnick (1980) definiu regulamentação como sendo *o policiamento exercido pela administração pública de atividade privada em relação a uma regra prescrita no interesse público*.

Assim, deve a regulamentação ser imposta pelo Governo, com vista ao interesse público. O cerceamento da liberdade de ação dos agentes econômicos deve ser mínimo e objetivar, fundamentalmente, a eliminação de externalidades, de concentração de poder, político ou econômico, e a proteção dos direitos de terceiros. No caso de indivisibilidades incontornáveis, a concessão de poder monopolístico deve ser dada segundo procedimentos que permitam uma *competição pelo mercado*, conforme proposto por Demsetz (1968). Mais adiante voltaremos a essa proposição.

Como Regular?

Uma vez estabelecido o que regular, o processo por meio do qual essa regulamentação se consubstancia deve levar em conta não só os benefícios que poderão advir da perda de liberdade, mas principalmente os custos do estabelecimento desse mecanismo regulador. Nesses custos, devem-se incluir não só aquele da burocracia associada ao órgão regulador, mas também os de informação e os de possíveis regulamentos mal formulados. Devemos considerar ainda as reações políticas a favor ou contra o regulamento imposto.

Uma norma imposta à livre ação dos agentes econômicos muda conseqüentemente o ambiente no qual sua atividade se desenvolve e cria uma reação favorável ou contra essa norma. Essa reação ocorre num processo dinâmico, criando, dessa forma, poderes de pressão política, favoráveis ou contrários à norma imposta ou, ainda, favoráveis a mudanças nelas existentes ou a criação de novas normas.



Que critérios usar para se definir uma regra específica? Isto é, dados os objetivos da restrição a ser imposta, qual restrição usar? A administração do processo regulador requer que esses critérios sejam amplamente divulgados e independam da concessão de poder discricionário a um indivíduo. Caso essas duas condições não sejam satisfeitas, por melhores que sejam as intenções ao se estabelecer uma norma, a probabilidade de esta não atingir o objetivo proposto é bastante elevada. A experiência tem demonstrado que, de um modo geral, os reguladores com algum poder discricionário têm provocado mais mal do que bem na sociedade em que agem.

Ainda com relação à logística de uma regulamentação, a efetivação de qualquer norma deverá considerar os custos de policiamento dos agentes afetados por ela, bem como o poder de coerção do órgão regulador, isto é, sua capacidade de penalizar os infratores. Sem dúvida alguma, a predisposição em se garantir o direito de terceiros, implícito em qualquer regulamentação, implica necessariamente a possibilidade de defesa de qualquer agente considerado infrator.

Para quem regular?

Mantida a premissa sustentada acima, regulamentações visam a contornar problemas de externalidades e proteger interesses de terceiros. Desse modo, regulamentações devem promover o bem comum por objetivarem a eliminação de distorções, no funcionamento livre do sistema de preços associados aos problemas mencionados.

A realidade dos fatos, entretanto, é diferente. Regulamentações têm sido usadas em nome do bem comum, para promover o bem-estar de pequenos grupos. Isso ocorre com frequência por dois motivos básicos: poder discricionário do órgão regulador e diluição dos custos da regulamentação por toda a sociedade.

De um modo geral, o órgão regulador, tanto no Brasil quanto na maioria dos países ocidentais, é investido de poderes discricionários que o autoriza não só a regular as atividades em determinado mercado, como também a alterar tais normas com a frequência que lhe convier. Esse poder excessivo induz os agentes econômicos regulados a investirem recursos escassos – que de outra forma estariam sendo usados na produção de bens reais – na promoção de influências sobre os responsáveis por tais organismos, com o intuito de, por meio de normas específicas, promoverem seu bem-estar⁸.

⁸ Essa ação dos agentes econômicos na busca de rendas produzidas por regulamentação (*rentseeking*) foi estudada pioneiramente por Krueger (1974) e Bhagwati ((1980). Krueger quantifica o total de renda apropriada pelos beneficiários de restrições ao comércio, enquanto



Ainda que se abstenha de considerar as práticas imorais, frequentemente constatadas nos processos de influência, o resultado comum à grande maioria das ações reguladoras dos governos tem sido a promoção do bem-estar de pequenos grupos à custa da sociedade. Não poderiam os “lesados” organizar seu *lobby* e neutralizar a influência de grupos? De um modo geral, não.

Os benefícios decorrentes de uma regulamentação são normalmente, concentrados em favor de grupos pequenos. Assim, o custo incorrido pelo grupo para promover normas que os favoreça é compensado pelos benefícios decorrentes de tais regras.

De outra maneira, os custos sociais de se promoverem, pela norma, benefícios para determinado grupo, são diluídos por toda a sociedade, cabendo a cada cidadão uma pequena parcela do custo total. Desse modo, não compensa ao cidadão comum alocar recursos escassos e esforços próprios de modo a organizar um *lobby* neutralizador. Nesse caso, seus custos seriam superiores aos benefícios obtidos, ou seja, a eliminação do privilégio concedido ao grupo.

Assim, poder discricionário do órgão regulador de um lado e concentração de benefícios com diluição de custos de outro têm explicado o crescente volume de regulamentos e normas que visam favorecer grupos. É claro que nas justificativas públicas que precedem a implantação dessas normas, o bem-estar social é o objetivo ressaltado. Em alguns casos, esta pode até ser a intenção, mas o efeito tem sido o mesmo: benefícios para grupos em detrimento da sociedade como um todo.

Há ainda situações nas quais os reguladores procuram proteger grupos menos favorecidos. O bem-estar dos desamparados é o objetivo. Entretanto, na maioria desses casos, em todos os países, a regulamentação tem sido prejudicial ao grupo protegido. Esses casos ficam bem ilustrados com os exemplos que apresentaremos mais adiante.

3. PARA COMPREENDER O PROCESSO DE REGULAMENTAÇÃO

Embora seja prematuro falar-se em teorias sobre regulamentação, duas correntes de pensamento sobre esse aspecto da ação do Estado destacam-se com suas várias ramificações: a teoria do interesse público e a teoria do interesse de grupos. Segundo Posner (1974), essas correntes de pensamento não se constituem em teoria porquanto carecem de formalização que justifiquem o comportamento que produz a regulamentação, ademais possuem reduzida capacidade de previsão. Entretanto, a teoria econômica da regulamentação desenvolvida por Stigler (1971) e formalizada de forma rigorosa por Peltzman (1976) é, em nosso entender, genuinamente uma teoria, que satisfaz as exigências de formalização do comportamento humano nesse particular, com capacidade de previsão e passível de ser testada empiricamente.





Concebida a partir da observação de certas regularidades no processo regulatório, caracteriza-se a teoria econômica da regulamentação como uma teoria de interesse de grupos. Para darmos uma visão mais geral de como a regulamentação tem sido considerada pelos cientistas sociais, descreveremos rapidamente as diversas correntes de pensamento que procuram explicar o nascimento e o desenvolvimento de regulamentação para, então, apresentarmos a teoria de Stigler⁹.

Regulamentação pelo interesse público

A teoria do interesse público tem como hipótese fundamental que o processo regulatório responde a pressões públicas de modo a corrigir distorções (até mesmo concentração de poder) que não podem ser eliminadas pela ação livre das forças de mercado.

Abstraindo-se da existência de custos na produção de regulamentação, a chamada teoria do interesse público nos leva a concluir que devemos esperar que regulamentação, quando existente, refira-se a situações associadas a externalidades ou a poder de mercado (monopólio, cartel etc.). Entretanto, observa-se a imposição de regulamentação a indústrias não concentradas e a situações para as quais não se constata a existência de externalidades. Isso levou a uma reformulação da teoria do interesse público. Assim, embora em princípio as regulamentações devessem ser aplicadas a situações bem definidas, por incompetência dos órgãos reguladores, a intervenção é mal orientada, não cumprindo, portanto, seus objetivos.

Infelizmente, embora conveniente, essa reformulação não nos parece adequada. Em primeiro lugar, porque, de um modo geral, regulamentação provoca ganhos para certos grupos, o que pode ser uma indicação de que essas normas foram concebidas para beneficiar esses grupos. Em segundo lugar, porque dados os objetivos dos órgãos reguladores não existem evidências de que estes sejam ineficientes.

Como os órgãos reguladores são geralmente mantidos por transferências de recursos de outros órgãos do Estado, sua eficiência, dados seus objetivos, é constantemente posta à prova. Entretanto, no Brasil, não raro o órgão regulador tem como complemento orçamentário as receitas provenientes das sanções financeiras impostas aos regulados

Bhagwati, num contexto de bem-estar social identifica o uso de recursos de maneira improdutivo para apropriação de renda econômica resultante de regulamentação (*directly unproductive profit-seeking*).

⁹ Para uma visão mais completa do processo regulatório, ver Mitnick (1980). Os principais estudos sobre a teoria econômica da regulamentação foram editados por Stigler (1988).





infratores. Nesses casos, a ineficiência do órgão regulador é em parte protegida pelo exercício de seu poder discricionário, usado na proteção dos interesses de sua burocracia.

Adicionalmente, a teoria de que as pessoas responsáveis pelos órgãos reguladores são menos qualificadas, e por isso mesmo trabalham nesses organismos, não tem fundamento¹⁰. Em geral, dada sua qualificação, essas pessoas recebem uma remuneração monetária menor que aquela correspondente paga pelo setor privado. Entretanto, é importante ressaltar que parte do pagamento das pessoas que trabalham nos órgãos reguladores é recebida em termos de treinamento e retornos não pecuniários. Consideremos apenas o treinamento.

Esse treinamento representa um aumento na capacidade de gerar renda no futuro, quando essas pessoas se desligarem dos órgãos reguladores para trabalhar no setor privado, em particular na atividade por elas antes regulada. Assim, embora recebendo menos que seu custo de oportunidade, as pessoas que trabalham nos órgãos reguladores e que de certa forma participam do processo decisório sobre a imposição de regulamentação têm no treinamento e, por conseguinte, no acréscimo de renda futura, a compensação pelo menor pagamento monetário durante sua permanência no órgão regulador.

Desse modo, ainda que se considerem reformulações à teoria do interesse público, as evidências existentes (de um modo geral grupos bem definidos beneficiam-se de regulamentação) não comprovam a validade da teoria que, diga-se, é mais uma norma para a intervenção do Estado do que uma teoria, porquanto ela não explica o mecanismo por meio do qual a regulamentação é produzida. Passemos à outra corrente de pensamento: a teoria do interesse de um grupo.

Regulamentação pelo interesse de grupo

A hipótese fundamental dessa teoria é a de que regulamentações econômicas existem de modo a favorecer um grupo específico. Essa corrente de pensamento possui várias ramificações, desde o marxismo, passando pelo cientista político, até uma formulação econômica originária da aceitação das forças livres de mercado. Como é possível que uma teoria abrigue tão distintas tendências científicas e ideológicas? Em primeiro lugar,

¹⁰ Consideramos como pessoas responsáveis pelos órgãos reguladores apenas a cúpula decisória que, de um modo geral, não é formada pelos funcionários públicos de carreira.





a teoria do interesse de grupo só possui características de teoria em sua versão econômica. Em segundo lugar, sua hipótese fundamental baseia-se em observações empíricas. Assim, o fato é que grupos se beneficiam de regulamentações, e explicações são formuladas à la Marx, por cientista político e por economista.

A formulação marxista baseia-se na concepção enviesada do sistema capitalista, organizado por grandes firmas que certamente dominariam o processo decisório gerando regulamentações que as favorecessem. Se tal fosse verdade, não observaríamos, com tanta frequência, regulamentações que favorecem pequenos produtores ou ainda grupos de trabalhadores organizados em sindicatos ou associações de classe.

A formulação do cientista político sugere que, embora regulamentações fossem originalmente criadas no interesse público, a partir de determinado instante, as empresas ou grupos controlados passariam a controlar os órgãos reguladores de modo a se beneficiarem da existência desses controles. Essa formulação é conhecida como a *teoria da captura*. Infelizmente, não se tem explicação para o processo pelo qual grupos ou firmas assumiriam o controle dos órgãos reguladores.

A interpretação do cientista político admite que a criação das regulamentações vise ao interesse comum, embora em períodos de dificuldades os grupos interessados pressionem e consigam regulamentações que os favoreçam. Entretanto, como economicamente não existe diferença entre lucro não realizado e perda de lucro, não existe razão para admitir-se que esses grupos não procurassem, de forma contínua, explorar seu poder de influência sobre os órgãos reguladores de modo a obterem ganhos extras.

A teoria econômica da regulamentação, desenvolvida e testada empiricamente de forma original e fecunda por Stigler, tem como instrumental analítico os instrumentos tradicionais de análise de mercado: demanda e oferta por regulamentações numa forma particular de mercado.

Como vimos anteriormente, o Estado produz regulamentações e, por conseguinte, a coletividade demanda esse produto. Uma vez que os recursos são escassos em uma sociedade, deve-se esperar que os grupos ou pessoas que mais valorizem esse produto do Estado mais se interessem em adquiri-lo. Quais os grupos que devem se interessar por regulamentações? Certamente aqueles que maiores benefícios possam extrair dessas regulamentações produzidas a certos custos para a coletividade. A teoria dos cartéis pode ser extremamente útil para melhor identificarmos os grupos que mais devem se interessar por regulamentações.



Cartel é uma associação de pessoas ou firmas que de alguma forma procuram explorar um poder monopolístico pela ação conjunta de seus membros. É conhecido que quanto menos elástica a demanda pelo bem produzido ou transacionado pelos elementos que desejam estabelecer o cartel, e quanto maior o custo para novas firmas entrarem nesse mercado, maiores serão os benefícios gerados pelo estabelecimento de um cartel. Esse é precisamente o caso da produção de petróleo. Sua elasticidade-preço é bastante baixa pela simples razão de existirem em curto prazo poucos substitutos. A entrada de novos produtores depende da descoberta de novos depósitos, implicando, portanto, um alto custo para novas firmas participarem do mercado. A ação monopolística está, de um modo geral, associada à fixação do preço de venda do produto com o estabelecimento de quotas a serem produzidas por participante.

A grande dificuldade de se estabelecer e de se manter um cartel reside nos altos custos de transação. Para o estabelecimento de um cartel é preciso que se reúnam todos os participantes com o propósito de, digamos, fixar um preço para o produto por eles produzido. Isso pode representar custos elevadíssimos. Note-se, por exemplo, que as condições para o estabelecimento de um cartel na produção de petróleo já existiam há muitos anos, mas, dados os custos transacionais, ele não se efetivou. Com a motivação de natureza política, estabeleceu-se o cartel da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP). Assim, os custos de estabelecimento do cartel, nesse caso, foram incorridos primordialmente por questões políticas.

Uma vez estabelecido o cartel e acordado o preço a cobrar, é preciso que se mantenha a unidade do cartel, porquanto qualquer firma que burlá-lo pela redução em seu preço auferirá ganhos extras a expensas dos demais componentes do cartel. Desse modo, a manutenção de um cartel resume-se no policiamento do preço cobrado pelos seus participantes. Note-se que tanto os custos de formação quanto os de manutenção de um cartel dependem do número de participantes deste. Quanto maior esse número, maiores serão os custos.

Agora podemos responder mais precisamente à pergunta formulada anteriormente. Quais os grupos mais interessados nas regulamentações econômicas? Por certo, todos os grupos que possuírem condições de estabelecer um cartel. Pela regulamentação, produto do Estado, é possível a um grupo manter um cartel sem incorrer nos custos correspondentes, dado que o Estado incorre nesses custos ao produzir e efetivar regulamentações. No Brasil, este foi o papel exercido, ao longo de várias décadas, pelo já extinto Conselho Interministerial de Preços (CIP).

Assim, a teoria econômica da regulamentação postula que os grupos que podem estabelecer um cartel, mas não o fazem pelos altos custos de transação associados ao seu estabelecimento e manutenção, são os que mais demandam regulamentações. De outra forma, indústrias altamente concentradas, nas quais algum poder monopolístico já





é exercido pelo pequeno número de produtores, não devem demandar regulamentação com a mesma intensidade¹¹. Desse modo, a principal finalidade da teoria econômica da regulamentação é explicar o mecanismo pelo qual as regulamentações econômicas são produzidas e quais seus efeitos sobre a utilização dos recursos escassos da coletividade.

Muitos são os exemplos que justificam a formulação da teoria econômica da regulamentação; entretanto, poucos são os testes aplicados a esta teoria. Stigler apresenta vários testes estatísticos que confirmam a relevância de sua teoria, especialmente no caso do transporte de carga por caminhões nos Estados Unidos¹². Ainda que a capacidade de explicação e a previsão da teoria de Stigler sejam boas, certos casos de regulamentação aparentemente não podem ser explicados por sua teoria. Esses são os casos das regulamentações associadas aos chamados monopólios naturais e àqueles chamados subsídios internos¹³, caracterizados pela cobrança, pelas empresas reguladas, de preços menores a alguns clientes. Entretanto, existem argumentos contrários à ideia de monopólio natural¹⁴, e não é claro quando subsídios internos são concedidos, pois o que se observa (diferentes preços) pode também resultar de uma atitude discriminatória proveniente de um poder monopolístico.

Curiosamente, a solução originalmente apresentada ao fornecimento de serviços sujeitos à indivisibilidade era o de concessão do serviço ao setor privado. Em 1907, a distribuição de gás na cidade de Paris era feita por uma concessionária privada. As instalações pertenciam à municipalidade e a operação do sistema de distribuição era feita por uma empresa vencedora de uma licitação pública. Solução semelhante foi adotada nos Estados Unidos, sendo que a concessão era dada a um preço fixo. Os *subways* de Nova York, Boston e também os de Paris operaram por muito tempo sob o regime de concessão ganha em leilões públicos e sujeitas a um contrato¹⁵. Note que, no

¹¹ Este, por exemplo, é o caso da indústria automobilística nos Estados Unidos.

¹² Stigler (1971) p. 8-9.

¹³ Veja Posner (1971).

¹⁴ Demsetz (1968) sugere que não sendo possível ter-se um mercado em competição, que se promova uma competição pelo mercado, isto é, que se faça um leilão pelo direito de concessão da exploração do serviço ou produto sujeito à indivisibilidade. O direito de concessão há de estar bem definido no contrato vencedor do leilão. As normas sob as quais a concessão é oferecida devem levar em consideração os aspectos de eficiência econômica, bem como a garantia de direito sobre os ativos de propriedade da concessionária.

¹⁵ Para uma discussão sobre as alternativas de concessão ou de produção pelo setor público, ver Dnes (1991). Embora sejam levantadas muitas questões sobre a possibilidade de se administrar, eficientemente, a oferta de serviços sob contrato de concessão, todas as restrições a essa forma de contornar o problema da indivisibilidade podem ser sanadas se o contrato especificar claramente as responsabilidades e os direitos de cada parte.



caso brasileiro, as chamadas utilidades públicas eram, originariamente, produzidas e distribuídas por empresas privadas sob regime de concessão.

Uma vez que os exemplos comuns na literatura econômica se referem a outras economias, pensamos que, para efeito ilustrativo, seria conveniente citarem-se alguns exemplos, para o Brasil, de comportamento, ante as regulamentações que sugerem a teoria de Stigler. Como nos últimos anos o Brasil vivenciou uma situação de epidemia de corrupção, foram escolhidos exemplos de períodos remotos, uma vez que o leitor poderia não inferir que a norma considerada gerou ganhos para certos grupos, mas sim que tais ganhos ocorreram em decorrência de corrupção.

Em 1953, os banqueiros pressionaram a Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC), criada para exercer as funções de um banco central até que este fosse criado no sentido de que as taxas de juros pagas pelos bancos aos depósitos à vista e a prazo não fossem mais fixadas por aquela instituição. A justificativa dada era a de que desse modo intensificava-se a competição entre os bancos em favor dos depositantes. Infelizmente não conseguimos obter informações de qual a racionalidade por trás de tal atitude. Entretanto é possível admitir-se que tal atitude foi resultado de uma visão míope dos efeitos daquela liberação. Por certo, cada banco, individualmente, poderia aumentar seus depósitos a maiores taxas de juros. Porém, à medida que outros bancos também aumentassem suas taxas de juros pagas para o sistema bancário como um todo, dever-se-ia observar um acréscimo de depósitos pela recomposição da carteira de ativos do público devido ao efeito substituição, sendo que o feito para cada banco isoladamente deveria ser pequeno, comparado ao efeito total.

Assim, em fevereiro de 1954, pela Instrução nº 84, a Superintendência da Moeda e do Crédito liberou todas as taxas de juros pagas pelos bancos a seus depositantes. Como era de se esperar, a competição entre os bancos provocou um aumento daquelas taxas, acarretando pequenos acréscimos de depósitos para cada banco individualmente. Isso provocou uma reversão de expectativas por parte dos bancos quanto ao efeito da liberação dessas taxas de juros e os benefícios de uma maior concorrência entre eles, levando-os a pressionarem a Superintendência para voltar a controlar as referidas taxas de juros. Assim, em outubro do mesmo ano, “devido aos efeitos maléficos desta concorrência”, a Superintendência da Moeda e do Crédito, pela Instituição nº 105, fixava novamente limites para as taxas de juros pagas a todos os tipos de depósitos bancários.

Não há dúvida de que o sistema bancário brasileiro é altamente concentrado. Nem sempre foi assim. No final da década de 1960, de modo a reduzir as taxas de juros, o Ministério da Fazenda promoveu uma série de incentivos às fusões de bancos. A racionalidade exposta pela autoridade governamental era a de que existiam economias de escala nos serviços bancários. Desse modo, bancos maiores deveriam incorrer em



menores custos e conseqüentemente cobrarem menores taxas de juros pelos seus empréstimos. Sem evidência empírica da existência de economias de escala, a política de promoção de fusão bancária provocou uma alta concentração nessa indústria à custa da sociedade como um todo.

As regulamentações das profissões no Brasil também constituem bons exemplos da teoria do interesse de grupos, na sua versão econômica. Os profissionais liberais são protegidos da competição por restrições à entrada em seu mercado de trabalho. Nesses casos, o conselho profissional nacional e os regionais agem juntamente com as autoridades educacionais do País. Os primeiros fiscalizando o exercício efetivo da profissão enquanto que o Ministério da Educação, por meio de seus vários órgãos, define currículos que caracterizam o profissional e regulam o processo de sua formação. Engenheiros têm o monopólio da palavra engenharia que só pode ser usada na caracterização de um curso de graduação com sua aprovação. Advogados têm um monopólio constitucional, pois sua presença é exigida em qualquer ação legal ainda que as partes definam de comum acordo uma solução para o caso em questão.

Um caso curioso é o da regulamentação da profissão do jogador de futebol. Por alguma razão, o jogador de futebol tem sido tratado de forma especial. As justificativas são do tipo: “Em se tratando de jogador de futebol, é necessário se levar em conta as características todas particulares da profissão, incluída pelos técnicos entre aquelas de brilho efêmero – isto é, com um pico de remuneração elevado, mas de duração pequena”¹⁶.

Ora, qualquer profissional está sujeito a um período relativamente curto de ganhos excepcionais, qual seja, o de auferir quase-renda por contingências de mercado ou mesmo por raras habilidades pessoais. Nada há de particular para com o jogador de futebol. Ao contrário, este é o único profissional brasileiro que consegue receber hoje por serviços a serem prestados no futuro: 15% do passe ou remunerações a título de luvas. A razão do alto poder de barganha dos profissionais de futebol no Brasil pode ser explicada por dois fatores. Primeiro, a capacidade de a classe (ou segundo alguns, dos empresários dos jogadores) gerar regulamentações em seu benefício; segundo, devido ao fato de os clubes não serem empresas. A primeira razão é evidente pelas regulamentações conseguidas pelos jogadores de futebol, cujos benefícios não se comparam aos obtidos por muitas profissões. Como os clubes são organizações sem fins lucrativos, seus dirigentes procuram usá-los para maximizarem suas utilidades, e não a utilidade do clube. Assim, os chamados cartolas, usando, de um modo geral, os clubes em seu benefício, aumentam ainda mais o poder de barganha do jogador, pois o

¹⁶ Werneck, José Inácio. Campo neutro. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 11, set. 1974.



prestígio e os contatos dos cartolas estão associados ao seu relacionamento com os craques que seu clube possui.

4. USO INDEVIDO DA REGULAMENTAÇÃO

São muitos os exemplos de intervenção estatal por meio de regulamentações que, se implementadas com as melhores das intenções, acabam efetivamente perturbando o bom funcionamento da economia e penalizando os grupos que originariamente deveriam se beneficiar com a regulamentação. Esse é o caso típico da legislação que visa proteger o trabalhador.

A legislação trabalhista no Brasil procura, por meio de uma série de impostos aplicados ao uso do fator trabalho, comumente chamados *encargos sociais*, conceder ao trabalhador benefícios, por meio de plano de aposentadoria e de serviços de saúde, oferecidos a custo zero para esse trabalhador e à sua família. Além disso, estabelece, segundo preceito constitucional, um salário mínimo. Paralelamente, profissões são regulamentadas no Brasil, de modo a conceder aos profissionais de determinadas categorias privilégios exclusivos.

Aparentemente, a existência de encargos sociais tem produzido mais mal aos trabalhadores do que efetivamente os tem protegido, especialmente àqueles de menor nível salarial. Em primeiro lugar, a contribuição social incide exclusivamente sobre o fator trabalho, representando, conseqüentemente, um imposto ao uso deste, induzindo à adoção de técnicas, por parte dos setores produtivos, menos intensivas nesse fator, que, embora abundante no país, se torna, graças aos encargos sociais, relativamente mais caro.

Além disso, como a contribuição trabalhista é proporcional ao salário, se bem que progressiva até determinado limite, essa contribuição acaba penalizando relativamente mais os trabalhadores com salários inferiores a 10 salários mínimos do que aqueles que recebem salários acima desse limite. Entretanto, o que teoricamente é uma injustiça, na realidade não se caracteriza como tal. Dados os elevados custos, em termos do tempo que têm os trabalhadores e suas famílias para se beneficiarem dos serviços de saúde fornecidos pelo sistema, aqueles de maiores níveis salariais, raramente se utilizam do sistema oficial.

Ainda com relação ao fator trabalho, a instituição de um salário mínimo tem sido justificada pela proteção de que este salário se dá aos trabalhadores menos qualificados, os quais, por isso mesmo, seriam explorados pelos seus patrões. Infelizmente, tal concepção de proteção aos menos favorecidos tem implicado uma penalização aos grupos menos favorecidos, justamente aos que se pretende proteger.





Em um período de crescimento econômico, muitas são as oportunidades de emprego, de modo que trabalhadores, com pouca ou nenhuma qualificação, conseguem colocação devido à dinâmica do processo de crescimento. De outra forma, nos períodos de retração econômica, a redução no produto implica, necessariamente, a redução de oportunidades de emprego.

A racionalidade na decisão dos administradores, em um período de recessão, os induz a reduzirem emprego, inicialmente, nas atividades para as quais se obtém oferta de trabalho com facilidade. Apenas eventualmente, trabalhadores com treinamento altamente específico à empresa serão passíveis de demissão. Isso significa que numa recessão, os primeiros cortes com gastos estão associados às atividades que se utilizam de mão de obra não qualificada. Exatamente aquele grupo que se procura proteger por meio de um salário mínimo.

A existência de um salário mínimo em período de crescimento econômico contribui muito pouco para proteger o trabalhador desqualificado. De um modo geral, a euforia do crescimento, retratada nas oportunidades de emprego, cria excesso de demanda por quase todos os tipos de mão de obra, tornando o salário mínimo, na maioria das vezes, inócuo. Esse foi o caso do Brasil, no período 1968-1973.

Na recessão, dada a necessidade de redução de emprego, o primeiro grupo de trabalhadores a sofrer é justamente o grupo dos não qualificados. À medida que o processo recessivo se agrava, o desemprego atinge as demais categorias de trabalho com maiores níveis de qualificação. Com o crescimento do contingente de desempregados, as possíveis oportunidades de emprego que venham a aparecer, ainda que para a mão de obra não qualificada, terminarão preenchidas por trabalhadores mais qualificados do que a função exige.

De qualquer modo, a existência de um salário mínimo, caso seja efetivo, implica, necessariamente, desemprego, isto é, mais pessoas estarão dispostas a trabalhar por esse salário mínimo do que o número de vagas de emprego disponíveis na sociedade. Outro aspecto importante de regulamentação ligada ao mercado de trabalho é a o das profissões no Brasil. Tais regulamentações objetivam proteger um grupo de profissionais no sentido de lhes garantir um mercado de trabalho para o qual a entrada não é livre. É evidente que certas profissões devem requerer um mínimo de capacidade técnica dos indivíduos que pretendam exercê-la. Esse fato não justifica, entretanto, todas as regulamentações profissionais existentes no País. Como vimos, o que se deve objetivar com a regulamentação são a eliminação de externalidades e a proteção do interesse de terceiros. Uma vez garantida a todos os indivíduos a capacidade legal de acionarem os profissionais que, pela má prática da profissão os lesar, teremos preservado o direito de terceiros.





Por certo, os adeptos da regulamentação de profissões mencionariam o caso dos médicos. A má prática da medicina pode acarretar a morte do paciente. Não haverá ação legal que possa recuperar a vida de um paciente morto. Embora retoricamente interessante, a argumentação não é suficiente, muito menos necessária, para justificar a regulamentação da profissão de médicos. Ainda que essa profissão seja regulamentada em todo o mundo, pacientes morrem pela má prática de medicina.

Nos casos em que o direito de terceiros é garantido por lei, a possibilidade da má prática de medicina é menor, porquanto os médicos incompetentes poderão ser condenados e, conseqüentemente, perder a sua licença por erros cometidos no tratamento de seus pacientes. Infelizmente, a identificação da má prática de medicina depende do parecer de colegas médicos. A experiência demonstra que raramente um médico estará disposto a depor contra um colega. Isso se deve ao fato de que, eximindo-se de julgar um colega, o médico reduz o risco de, eventualmente, vir a ser julgado por outro. Isto é, a regulamentação da profissão não atinge o suposto objetivo de proteger os interesses de terceiros. Nesses casos, a regulamentação deve inicialmente promover a quebra desse corporativismo.

Em um sistema no qual as informações sobre a performance profissional dos médicos fossem o mais transparente possível e no qual existisse um risco real de penalização pela má prática de medicina, teríamos seguramente um maior bem-estar social do que aquele que possa ser gerado pelo poder de monopólio concedido aos médicos pela regulamentação da profissão. Até poucos anos, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina em um estado da federação, não podia exercer a profissão noutro estado, no qual não fosse registrado. Tal exercício era cerceado apenas pelo número de registro no Conselho Regional de Medicina (CRM).

É muito comum justificarem-se regulamentações que visem proteger os consumidores. A questão básica aqui é: Proteger os consumidores de quem?

O controle de preços, no Brasil, tem sido um dos instrumentos mais utilizados para proteger os consumidores dos efeitos do processo inflacionário. Ora, se o Governo deseja proteger os consumidores da inflação, pode fazê-lo porquanto é o único responsável por esse processo inflacionário. Assim, deveria o Governo reduzir ou eliminar o processo inflacionário de modo a proteger os consumidores, e não se utilizar do controle de preços.

Duas atividades altamente reguladas e que têm seus preços controlados pelo governo são os da educação particular e da saúde suplementar. Nesses dois casos, as autoridades governamentais, respectivamente Ministério da Educação (MEC) e Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), não só procuram controlar o produto dessas





duas atividades, mas agem de forma determinante nos seus reajustes de preços. Os efeitos têm sido prejudiciais para as famílias, embora algumas sejam beneficiadas por ações judiciais, principalmente devido à predominância, entre os magistrados brasileiros, de um viés em favor do coitadinho¹⁷.

Por vezes, o controle de preços é estabelecido para proteger os consumidores dos chamados atravessadores. Nesse caso, também seus efeitos são danosos à sociedade. Os malefícios produzidos por controle de preços são tão óbvios que não merecem explicações mais detalhadas. Qualquer dona-de-casa compreende que o tabelamento da carne implica o seu desaparecimento dos açougues ou a convivência com o contrapeso. Controle de preços implica redução da quantidade e perda da qualidade dos produtos objeto de controle.

Muitas vezes, a regulamentação consubstancia um processo de proteção pela proibição de importação, tarifas sobre importações; reservas de mercado pela restrição à entrada de novos produtores ou prestadores de serviços; subsídios e outras intervenções mais. O Brasil é um país que possui exemplos de todas as intervenções protecionistas imagináveis.

O argumento da indústria nascente tem sido muito utilizado para justificar proteção à indústria nacional. A ideia é a de que há razões técnicas para proteger uma indústria que se estabelece, porquanto a indústria nascente não pode competir com a indústria estrangeira, já madura e tecnologicamente desenvolvida. Embora se admita que tecnicamente tal argumento possa ser aceito¹⁸, a evidência demonstra que a indústria nascente nunca deixa de engatinhar e, por isso mesmo, a proteção a esta é permanente, e não transitória, como o argumento da indústria nascente faz supor. Além disso, a evidência empírica para o caso brasileiro indica que as indústrias tradicionais sempre foram as mais protegidas, comparativamente às mais modernas estabelecidas no País durante o período de substituição de importações, iniciado na década dos anos 50.

Subsídios às exportações foram concedidos, e em certa medida ainda o são, por muito tempo no Brasil. Alguns estudos indicam que, em 1975, a exportação de US\$ 1,00 pelo Brasil custava ao País, em termos de recursos domésticos, US\$ 1,30¹⁹. É inacreditável que o povo brasileiro possa subsidiar americanos, alemães, ingleses e franceses,

¹⁷ Para uma análise da atividade educacional, ver Carvalho (1999), e para o da saúde complementar ver, por exemplo, Alves (2007), Alves (2010) e Cechin - Alves - Almeida (2016).

¹⁸ Para um argumento teórico contrário à proteção à indústria nascente, ver Tuncer e Krueger (1982).

¹⁹ Ver Savasini-Kume (1979).



vendendo-lhes produtos 30% abaixo dos seus custos. Por certo, os subsídios às exportações foram concedidos nas melhores das intenções. A realidade, entretanto, é a de que um povo pobre subsidia povos ricos.

Mais recentemente entrou em vigor uma norma que restringe, por seis meses, o acesso dos recém-aposentados a crédito consignado. A justificativa é proteger o aposentado do assédio de instituições financeiras e assim evitar o endividamento, via de conseqüência, a inadimplência do frágil aposentado. Essa tutela temporária pode levar o aposentado a contratar, por necessidade, um empréstimo pessoal a juros mais elevados. Nesses casos, a norma representa um custo para todo recém-aposentado que necessite de recorrer a um empréstimo.

Grande parte de nossos esforços legislativo e de regulamentação, além de procurar garantir o direito de terceiros, incorpora um viés redistributivo e de favorecimento de certas minorias. Tal esforço pouco tem produzido em termos de redução da pobreza, mas muito tem gerado de distorção nos mercados e muito tem produzido em termos de fragmentação de nossa sociedade. Como o mecanismo de preços nos mercados promove, de forma endógena e independente do sistema político, uma distribuição de renda, esse esforço redistributivo, ao agredir os direitos de propriedade e o princípio da igualdade perante a lei, provoca instabilidade no sistema político. Essa instabilidade política coloca em perigo a frágil democracia. Desse modo, a economia de mercado é um pré-requisito para a democracia, conforme emerge claro em Usher (1981), uma vez que, atribuindo-se ao mercado a função de distribuir renda, a sociedade protege o governo democrático.

5. NOSSA HERANÇA INSTITUCIONAL E AS FALHAS DE GOVERNO

Sociedades são organizadas em Estados soberanos pelas mesmas razões que os homens de negócios organizam empresas: reduzir custos de transação. Assim, o Estado tem um papel bem definido na organização social. Em uma sociedade na qual liberdade deve ser preservada, é função de o Estado prover as condições necessárias para um convívio harmônico, sob o império da lei, entre os cidadãos e para o desenvolvimento das atividades econômicas em mercado livre. Nesse sentido, um sistema de direitos de propriedade é indispensável para que esses objetivos sejam atingidos. Na ausência de um sistema de direitos de propriedade bem definido, conflitos sobre os usos dos recursos escassos reduzirão a eficiência econômica dos mercados ou, em alguns casos, impossibilitarão seu próprio desenvolvimento.

O parágrafo anterior destaca a importância dos custos de transação na caracterização dos direitos de propriedade, assim como sua importância para o uso eficiente dos recursos escassos. Pode-se resumir a importância dos custos de transação considerando-se o que ocorreria em uma economia de livre mercado na hipótese de inexistência de tais custos:



- a. Não existiriam externalidades;
- b. Recursos (propriedades) seriam usados nas atividades de maior valor para a sociedade, uma vez que custos privados e sociais seriam iguais (ausência de externalidades);
- c. O uso da propriedade privada (recursos) seria independente da distribuição original dos direitos, desde que tais direitos pudessem ser transacionados livremente.

Esses argumentos foram originalmente desenvolvidos por Coase (1959 e 1960) e são conhecidos como Teorema de Coase, o qual provê parte dos fundamentos para uma sugestão de divisão do trabalho entre o setor privado e o Estado, conforme especificado na introdução deste trabalho.

As instituições brasileiras têm evoluído ao longo dos anos. Entretanto, num dado momento elas são imutáveis para as considerações dos cidadãos quando do exercício de suas escolhas. Hoje, nossas escolhas estão condicionadas a essa herança institucional. Instituições, nada mais são do que regras sociais, sejam escritas, sejam resultantes de costumes cristalizados na sociedade. Estas últimas são tão importantes quanto as primeiras e explicam grande parte dos conflitos atuais do País.

Os brasileiros têm trocado liberdade e direitos de propriedade por proteção do Estado, numa clara relutância em entrar na Modernidade caracterizada por individualidade, liberdade, incertezas, economia de mercado e democracia como sistema político. De um modo geral, a proteção de curto prazo provida pelo Estado é sustentada por um processo inflacionário e por regulamentações, as quais, ao longo do tempo, produzem crises recorrentes e mais complexas a cada ciclo.

Inflação foi o recurso usado, no passado, pelos vários governos, para contornar a falência do sistema tributário em atender às crescentes demandas de proteção estatal. O processo inflacionário se alimenta, primordialmente, da predominância de soluções políticas sobre as soluções de mercado para problemas de natureza econômica.

A inflação corrói o tecido social e os valores morais dos cidadãos. Sentindo-se roubado em seu poder de compra gerado por seu trabalho honesto, o indivíduo flexibiliza seus valores morais dando lugar ao *levar vantagem em tudo* (Lei de Gerson) e a buscar sua sobrevivência no *jeitinho* da economia informal e na sonegação fiscal, alimentando o processo inflacionário. Em nome da camada social mais vulnerável, o governo amplia sua ação política em detrimento do mercado aumentando a intervenção estatal e o processo regulatório.

A concentração do poder político é mantida pela distribuição, por grupos políticos, de cargos oficiais na hierarquia burocrática. A burocracia cresce e muito rapidamente



promove alianças com grupos de interesse que demandam mais regulamentações e poder discricionário a ser usado em seu próprio benefício. Como os custos dessa aliança são difusos na sociedade, mas seus benefícios concentrados, há forte incentivo para o surgimento de novos grupos de interesse na busca de benesses. A competição por *rent seeking* aumenta abrindo caminho para corrupção.

De um modo geral, os homens de negócio são favoráveis à propriedade privada e ao mercado livre, com algumas qualificações. A visão dominante do empresariado nacional pode ser resumida por expressões frequentemente usadas, como: *Lucros são privados, mas os prejuízos são sociais. Competição para meus concorrentes e proteção para meus negócios. É obrigação de o Governo prover a sociedade com este ou aquele produto ou serviço.* A relutância de uma influente parcela do empresariado nacional em enfrentar as incertezas e os benefícios da Modernidade produz um círculo vicioso de regulamentação econômica – ineficiência – intervenção estatal – concentração econômica – políticas distributivistas – inflação – proteção – e mais regulamentação.

O conceito de propriedade privada não é plenamente compreendido pelos brasileiros. Os direitos de propriedade estão dubiamente definidos nas nossas instituições. É suficiente lembrar a imposição do conceito de *função social da propriedade* que impregna nossa legislação, até mesmo a própria Constituição. O cidadão comum identifica os direitos de propriedade apenas em defesa de suas próprias propriedades. Exatamente por isso, o Governo tem agredido com frequência, por meio de regulamentações ou pela imposição de novas leis, contratos legais entre particulares sem que ocorra clamor público por tal agressão.

Para agravar ainda mais os impactos dessas agressões, nosso Judiciário, responsável por proteger o cidadão sob a égide da lei, também falha. A Justiça brasileira é morosa em suas decisões por inúmeras razões, entre elas se destaca a legislação que caracteriza o processo legal. Um exemplo dramático dessa falha emerge claro da tramitação dos processos contra os diversos planos de estabilização que implicaram frontal agressão aos contratos juridicamente perfeitos e aos direitos de propriedade dos cidadãos brasileiros.

As falhas de Governo resultam de nossa recusa à Modernidade que decorre de uma visão distorcida da divisão do trabalho entre o setor público e os cidadãos (setor privado). O Estado não é visto como uma instituição, mas sim como um déspota esclarecido que pode resolver o problema da escassez para todos e cada um, sem nenhum custo. Predomina o paternalismo que produz como subproduto um forte viés contra o setor privado e a propriedade privada. Soluções políticas para problemas econômicos podem ser um caminho fácil a ser seguido no curto prazo, mas





representam um agravamento dos conflitos sociais no longo prazo. Esta é nossa herança.

A marca da Modernidade, em uma sociedade, está na liberdade, nos direitos de propriedade e no império da lei (todos são iguais perante a lei). Uma sociedade com essas características favorece os investimentos sejam de nacionais, sejam de estrangeiros. O *World Bank Doing Business Ranking – 2019* é um relatório do Banco Mundial, com dados de 2013 a 2018, no qual são avaliadas 41 condições para o desenvolvimento de um negócio em 190 países²⁰. Para cada condição (subfator) é construído um índice normalizado que é agregado a um índice resumo. Com base nesse índice resumo, o Brasil ocupava, em 2018, a posição 109, isto é, em apenas 81 dos países pesquisados as dificuldades de se fazer negócios eram maiores do que as enfrentadas no Brasil.

De posse de tantos dados para tantos países, os analistas têm procurado comparar os resultados por condição e por índice resumo para países de mesma região geográfica ou mesmo países competidores por investimentos estrangeiros. O próprio relatório apresenta um pouco dessas duas vertentes de análise. Aqui, o foco é no Brasil e nas condições que mais contribuíram para estarmos no terceiro quartil dos países em que fazer negócio é mais estimulado pelo ambiente nacional. Das condições que contribuíram para a posição ocupada pelo Brasil, em 2018, merecem destaque quatro, nas quais a posição do País é ainda mais precária: Tributação – 184; Permissão para Construção – 175; Iniciar Negócio – 140; e Registrar Propriedade – 137.

Embora ao longo de 2013 a 2018 a metodologia usada pelo Banco Mundial tenha sofrido variação, nesse mesmo período o índice resumo médio para o Brasil foi de 54 (Metodologia DB 10-14) e seu valor máximo foi de 60,01 (Metodologia DB 17-19). Para que o leitor possa ter uma referência, a média do índice resumo dos 190 países, em 2018, foi de 83,78. Claro está que não somos um país cujo ambiente seja favorável a se fazer negócios. O quadro ainda é mais dramático ao se examinar a condição Iniciar um Negócio. Para esse subfator, apenas 26,3% dos 190 países pesquisados apresentam condições, para abertura de um novo negócio, piores que as do Brasil. Em nosso País (média ponderada entre as cidades de São Paulo e Rio de Janeiro), para iniciar um negócio, em 2018, eram necessários 10,6 procedimentos; 20,5 homens-dia de trabalho e um custo de 5% da renda per capita. Não foram registradas diferenças nesse indicador para as empresas pesquisadas, fossem elas de propriedade de homens casados (5) ou de mulheres casadas (5).

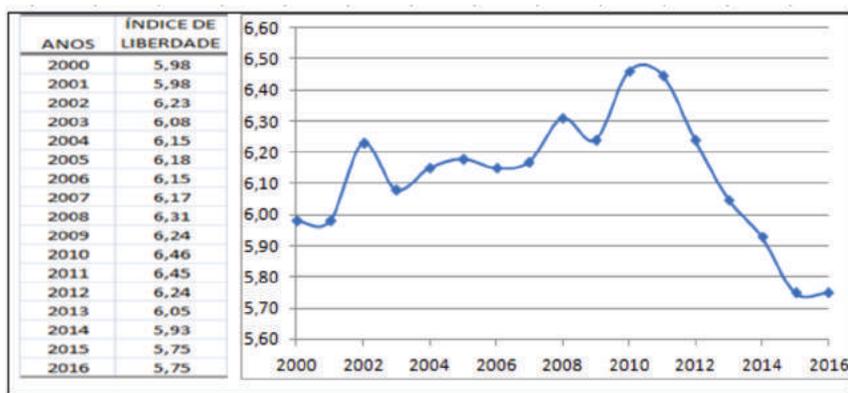
²⁰ <http://portugues.doingbusiness.org/>



Evidentemente, a dificuldade de abrir e mesmo manter um negócio é um indicador de que neste País a liberdade econômica é precária. Desde 1986, o *Fraser Institute* calcula e publica um índice de liberdade econômica cujo propósito é o de medir em que grau as instituições, e as políticas públicas de um país são consistentes com liberdade econômica. O *Economic Freedom of the World: 2018 Annual Report* conta com dados até 2016 e pode ser acessado no sítio do Fraser Institute²¹. Os dados disponíveis têm início em 1970 e seguem de 5 em 5 anos, até 2000. A partir deste último ano, os índices do EFW são apresentados anualmente até 2016.

Na Ilustração 1, o índice resumo de liberdade econômica para o Brasil apresenta substancial melhora em 2002 e, após uma queda abrupta em 2003, esse índice apresenta uma tendência crescente até 2010-2011, quando tem sua tendência revertida. É interessante observar a relação entre a taxa de crescimento do PIB e a variação do Índice Resumo de Liberdade Econômica.

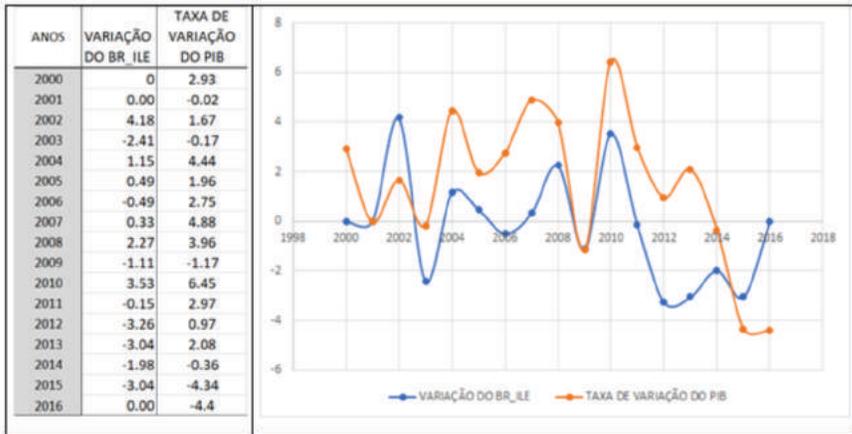
Ilustração 1: EFW Brasil – Índice Resumo



Para fazer essa comparação, transformou-se o ILE em um número índice que foi encadeado, com base em 2000. A comparação é apresentada na Ilustração 2 abaixo. A correlação simples entre essas duas variações é de 0,536. Evidentemente há muitos outros fatores que afetam a taxa de crescimento do PIB brasileiro, mas não constitui surpresa o nível da correlação simples entre essas duas variações, uma vez que quanto melhor o ambiente de liberdade econômica numa sociedade, tudo o mais constante, maior deve ser a taxa de crescimento do PIB dessa economia e maior o bem-estar de seu povo.

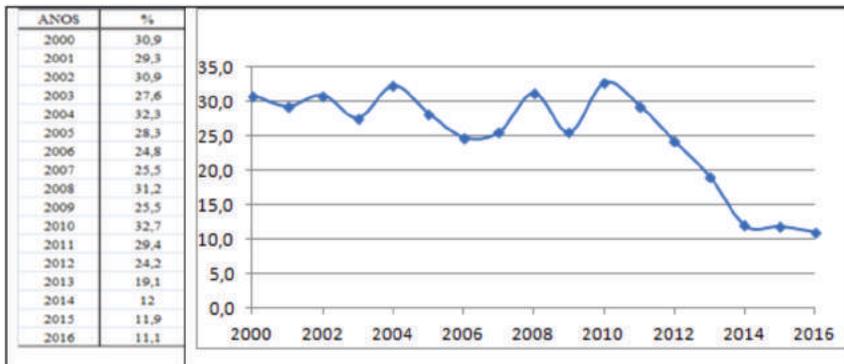
²¹ <https://www.fraserinstitute.org/economic-freedom/dataset?geozone=world&page=dataset&min-year=2&max-year=0&filter=0>

Ilustração 2: Brasil – Variação do ILE e Taxa de Variação do PIB



Para que se tenha uma visão relativa da posição do Brasil no conjunto de países considerados a cada ano, a Ilustração 3 apresenta o percentual de países com um grau de liberdade econômica inferior à do nosso País. Emerge claro que, entre 2000 e 2011, o Brasil encontrava-se no terceiro quartil na distribuição dos países segundo seu grau de liberdade econômica. A partir de 2012, caímos para o último quartil da distribuição.

Ilustração 3: EFOR Porcentual de países em situação de liberdade inferior à do Brasil

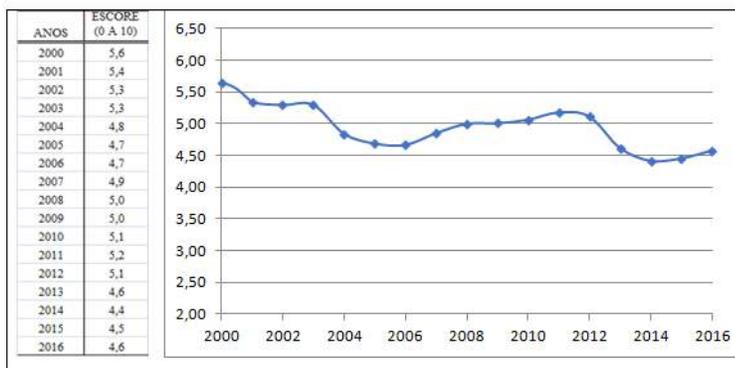


Por certo, essa perda de liberdade econômica registrada pelo EFOR para o Brasil está associada à contribuição decrescente da parcela correspondente ao Sistema Legal e Direitos de Propriedade. No período de 2000 a 2006, a contribuição para o ILE do item deste Sistema é marcadamente decrescente. Entre 2006 e 2011, registra-se uma pequena melhora, mas não suficiente para reproduzir o subíndice, de 2003.



Evidentemente, essa tendência decrescente foi magnificada pelas condições políticas que dominaram o País, no período 2014-2016.

Ilustração 4: EFOW Brasil – Sistema Legal e Direitos de Propriedade



6 UMA REFLEXÃO FINAL

Nos últimos anos, o Brasil tem padecido de corrupção epidêmica, em grande parte permitida, veladamente, ou não, pelo caldo de cultura fermentado no *levar vantagem em tudo*, na informalidade e no *jeitinho brasileiro*. Esse ambiente levou o cidadão a acreditar que a impunidade era parte integrante de nossos valores sociais. Os desmandos promovidos pelo governo e sua conivência com as agressões aos direitos de propriedade, pelas hordas de sem-terra e sem-teto, e a fragmentação social gerada pela ditadura do politicamente correto promoveram a intolerância e amplificaram, na população, a insatisfação e a apreensão quanto ao porvir. Em 2005, a descoberta de um esquema de desvio de dinheiro público para a compra de apoio de congressistas ao governo do Partido dos Trabalhadores, que ficou popularmente conhecido como Mensalão foi o primeiro grande evento a explicitar, enfaticamente, *o segredo de Polichinelo*.

O início da *Operação Lava Jato* da Polícia Federal, que, em 2014, unificou quatro investigações que apuravam a prática de crimes financeiros e desvio de recursos públicos, explicitou a corrupção que havia sido acobertada no Mensalão. A descoberta de que o rei estava nu estimulou a população a tomar iniciativa. O povo foi às ruas protestar e pressionar, primeiro contra a corrupção e mais tarde por mudanças. Em 2018, o povo foi às urnas e promoveu a mudança em favor de *Mais Brasil e menos Brasília*, em mensagem clara que deseja entrar na Modernidade.

A sociedade moderna, na qual pretendemos ingressar, resulta de um longo processo de evolução. Distingue-se das organizações sociais que a precederam por identificar



liberdade como valor indispensável à condição humana. Formada por homens livres e sob a égide de três direitos fundamentais – à vida, à liberdade e à propriedade –, a sociedade moderna organizou-se economicamente pela instituição de mercados livres e, politicamente por um processo democrático. Essa sociedade só emergiu porque homens de convicção, pelas suas ideias, conseguiram, ao longo dos anos, convencer seus pares dos ganhos que cada um e todos os participantes da sociedade teriam com tal organização.

Sem dúvida, será uma longa e árdua jornada que exigirá esforço articulado para reformar nossas instituições sociais, de modo a entrarmos na Modernidade. As reformas pelas quais passamos foram casuísticas e impostas aos anseios políticos pela realidade dos fatos. Basta lembrar que o programa de privatizações, implementado na segunda metade dos anos 1990, ocorreu em decorrência da elevada dívida do governo federal e sua incapacidade de ajustar as contas públicas, e não para circunscrever as ações do Estado às atividades objeto de decisão coletiva. Mais recentemente, a chamada minirreforma trabalhista foi concebida como uma forma de evitar maior crescimento do desemprego de trabalhadores, e não para liberar o mercado de trabalho das distorções que o Estado lhe impõe.

Os governos recentes, por meio de políticas públicas, têm procurado promover igualdade econômica entre os brasileiros. Além de um tratamento discriminatório e de um incremento no confisco tributário, tais políticas têm aumentado a dependência de transferências governamentais para uma larga proporção de brasileiros. Pior ainda, têm produzido estímulos para que um maior número de famílias atinja as condições para colher os benefícios de tais transferências, ampliando, dessa forma, o número de pessoas dependentes do governo.

Se há um significado claro para igualdade em uma sociedade de homens livres e autônomos, sob um estado democrático de direito, é a igualdade perante a lei. O que parte da magistratura sugere é que essa igualdade não é válida, porquanto as pessoas são desiguais. Exatamente por isso que as políticas de promoção de igualdade econômica acabam por promover distorções, criar ineficiência e reduzir a liberdade, colhendo resultados pífios. O magistrado, partindo de uma premissa verdadeira de desigualdade, contrária à premissa falsa de igualdade do Executivo, propõe um tratamento jurídico dessa desigualdade possivelmente mais desastroso que o objetivo de igualdade das políticas públicas.

Assim, como em uma economia de mercado, o lucro e a falência indicam para onde os recursos produtivos devem fluir, em uma sociedade, a falência do Estado nos indica que nossos recursos devem ser usados em outra direção, ainda que o Estado tenha o poder de confisco sobre os recursos disponíveis na sociedade. Desse modo, temos de



alimentar o Leviatan, ainda que esteja falido. Se não podemos escapar do confisco, podemos nos organizar e pressionar para que o Estado cumpra sua parte. O primeiro passo foi dado com a eleição de um novo governo.

A proposta do novo governo é a de iniciar um processo de modernização das instituições sociais do País. Nesse sentido, deve-se destacar a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874) aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo presidente, em setembro de 2019. Esta Lei é concebida como a *Declaração de Direitos de Liberdade Econômica* e, desse modo, estabelece garantias ao livre mercado; altera um vasto conjunto de leis e decretos, de modo a facilitar os empreendimentos e a fluidez dos negócios. Ela impõe limites às ações regulatórias do Executivo, de modo a preservar a liberdade econômica. Entretanto, ela é pouco efetiva em relação às atividades do Legislativo, que infelizmente tem sido uma fonte perene de distribuição de privilégios.

Mais especificamente, esta Lei reformula as relações no mercado de trabalho e introduz dispositivos que objetivam evitar os efeitos deletérios da regulamentação econômica, além de introduzir simplificações que estimulam os empreendimentos, quer de pessoa natural quer de pessoa jurídica, pela introdução de mudanças no Código Civil. Torna possível a criação de uma sociedade limitada com uma única pessoa natural e separa, em todas as formas de empreendimento (até mesmo de fundos de investimento), o risco do negócio do risco do empreendedor – autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Revoga a Lei Delegada nº 4, de 1962, que, dispondo *sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo*, atribuía ao Executivo um amplo geral e irrestrito poder de polícia econômica. Desse modo, esta nova Lei deixa claro que o empreendedor é livre para empreender, para definir o preço de seu produto ou serviço e para inovar.

A liberdade para inovar, juntamente com a presunção de boa-fé do empreendedor quebram duas velhas práticas das autoridades públicas. A primeira se refere à jurisprudência brasileira de que o que não é permitido por lei, é proibido; a segunda grava entre as repartições públicas com responsabilidade de fiscalização que *a priori*, tratam o cidadão objeto de fiscalização como culpado ou como tendo agido de má-fé. Com relação ao mercado de trabalho, restrições impostas pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foram relaxadas, de modo a flexibilizar as relações entre os agentes econômicos nesse mercado, ampliando e normatizando as mudanças introduzidas pela minirreforma, de 2017. Foi extinta a obrigatoriedade da contribuição sindical, o controle de frequência ao trabalho foi flexibilizado e novos regimes de contratação como *home office* e teletrabalho foram dissociados das dificuldades impostas pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Pela instituição da figura do abuso regulatório, esta Lei objetiva impedir que o Poder Público, seja qual for, impeça ou postergue o estabelecimento de atividade econômica





ou prejudique a concorrência. Para tanto, estabelece: liberdade para a definição dos horários de funcionamento das atividades econômicas, respeitados os direitos de terceiros, mesmo os relativos ao meio ambiente e os decorrentes do direito de vizinhança; elimina a necessidade de licenciamento para atividades econômicas de baixo risco e, para os demais casos, estabelece prazo máximo para solução dos processos que, quando não atendidos, implicam a concessão do licenciamento pretendido.

O Capítulo IV desta Lei, que contempla apenas um artigo, trata da análise de impacto regulatório. O artigo 5º e seu parágrafo único são reproduzidos a seguir:

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.

Como se pode verificar, a análise referida é anterior à vigência da norma, portanto, foi deixada de lado uma análise dos efetivos impactos da regulamentação. Outro aspecto digno de nota é a menção, no parágrafo único, de um regulamento (que se espera já esteja pronto para publicação), cujo propósito é definir as características da análise de impacto, até mesmo sua metodologia. Entretanto, não há referência sobre a quem caberá desenvolver a análise de impacto regulatório. Por certo, espera-se que essa análise seja de responsabilidade do próprio órgão regulador, mas essa salvaguarda só terá significado se uma análise *ex post facto* dos impactos da norma for desenvolvida por pessoa ou organização selecionada em concorrência pública, descartada a isenção de concorrência por notório saber.

De modo a ajustar as contas públicas, o novo governo propõe reformar o sistema de previdência social, a administração pública e o sistema tributário. Com tais reformas, pretende eliminar privilégios, sejam fiscais ou trabalhistas, fortalecer o pacto federativo pela autonomia arrecadatória de estados e municípios, desonerar o contribuinte e simplificar o sistema tributário.





O desbalanço das contas públicas foi atacado, inicialmente, com um projeto de emenda constitucional para reforma geral do sistema previdenciário. Após muita negociação e redução de seu escopo, essa emenda constitucional foi aprovada. Possivelmente em decorrência das dificuldades enfrentadas no caso da reforma da previdência, o Executivo adiou o envio de uma proposta de reforma fiscal que contempla fazer, de fato, do Brasil uma república federativa. Evidentemente, muitos interesses serão contrariados pelas perdas de privilégios que tais reformas implicam.

Todas essas mudanças estão ou serão propostas em meio a um caldo de cultura e uma conjuntura econômica adversos. Somem-se a essas dificuldades as falhas de governo na garantia da segurança do cidadão e suas propriedades, assim como na administração da justiça, que é morosa e tem gerado insegurança jurídica, agravada pela frequente intervenção do Poder Judiciário nas atribuições dos demais Poderes.

Com relação à segurança, o governo enviou ao Congresso Nacional um projeto de lei anticrime, *que estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa*. O projeto foi aprovado nas duas Casas, em tempo recorde, com pelo menos a eliminação de uma importante instituição jurídica, *plea bargain*, e a adição da figura do juiz de garantias, ou seja, um magistrado, que não o responsável por julgar o caso, com a função de supervisionar a investigação.

Já a insegurança jurídica, em grande parte decorrente da interveniência do judiciário em contratos juridicamente perfeitos e da imprevisibilidade das decisões dos magistrados, está fora das atribuições do Executivo. Fundamentalmente, além da morosidade na promoção da justiça, o maior responsável pela falha do governo, em sua função de administrar justiça, está na doutrina adotada por muitos juizes, a de que, como as pessoas são desiguais, elas devem ter um tratamento desigual perante a mesma lei. A cultura do *coitadinho* é, em grande parte, responsável pela adoção dessa doutrina.

Embora eleito democraticamente, este novo governo enfrenta um ambiente político hostil em decorrência da sua proposta de governança e do comportamento pessoal do presidente. Sem maioria no Congresso Nacional e com a promessa de interromper o ciclo do *presidencialismo de coalizão*, sustentado pelo *toma lá, dá cá*, as iniciativas do Executivo não prosperam pela falta de apoio político. A reação veio das ruas. As redes sociais que promoveram a campanha eleitoral do então candidato Bolsonaro passaram a reagir ao imobilismo que era imposto ao presidente promovendo manifestações de rua contra a posição dos parlamentares e decisões do Supremo Tribunal Federal.

Em tal momento delicado, o País é atingido pela pandemia da Covid-19, um novo vírus desconhecido para os cientistas de todo o mundo. A primeira reação do Executivo foi a de encaminhar, em 4 de fevereiro, ao Legislativo o Projeto de Lei nº 23 estabelecendo as





medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, responsável pelo surto de 2019. Rapidamente aprovado pelo Congresso, já em 6 de fevereiro, o presidente sancionava a Lei nº 13.979 que atribuiu ao Ministério da Saúde a tarefa de administrar as ações para o enfrentamento dessa epidemia viral. Por se tratar de emergência, esta Lei dispensa o administrador público de licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde.

A Lei da Quarentena (13.979) – que vigorará enquanto perdurar o estado de emergência de saúde pública decorrente da pandemia – define oito medidas coercitivas que possam vir a ser adotadas, de modo a preservar a saúde pública, se forem respaldadas por conhecimento científico e informações atualizadas. Entre essas medidas destacam-se o isolamento, pela separação de pessoas e coisas contaminadas, e a quarentena, pela restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

Todas as oito medidas podem ser tomadas por iniciativa do Ministério da Saúde, sendo que os gestores locais de saúde poderão promover, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde: (I) isolamento, (II) quarentena, (V) exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver, (VI) restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), por rodovias, portos ou aeroportos, (VIII) autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que: a) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e b) previstos em ato do Ministério da Saúde. As demais medidas podem ser emanadas da autoridade local sem a prévia autorização do Ministério da Saúde: (III) determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos, (IV) estudo ou investigação epidemiológica, (VII) requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa.

A ignorância associada à desinformação atingiu em cheio o sistema político brasileiro já impregnado de intolerância. Apoiados em uma decisão do Supremo Tribunal Federal, governadores e prefeitos passaram a adotar, independentemente uns dos outros e da orientação do Ministério da Saúde, a drástica medida de controle de pandemias largamente usada em ocasiões passadas e vista como a política adequada: o isolamento horizontal das pessoas, isto é, manter todos em suas casas. Assim, em muitas cidades do Brasil, todas as atividades econômicas e sociais foram proibidas, exceto os serviços essenciais, como os de abastecimento, os de saúde e os de transporte para os trabalhadores desses setores.



Frédéric Bastia, um economista e jornalista do século XIX, já nos ensinava que, ao considerarmos uma medida de política pública, devemos acatar não só o *que se vê*, mas atenção redobrada deve ser dada ao *que não se vê*, isto é, os efeitos secundários gerados pela política pública. No caso da adoção do *lockdown* e a conseqüente suspensão das atividades econômicas não essenciais é possível que a emenda seja pior que o soneto, em decorrência de seus efeitos sobre a produção e o emprego. Assim, é possível que um isolamento seletivo, direcionado aos mais vulneráveis, fosse uma melhor opção, especialmente porque, apesar de toda ignorância sobre a Covid-19, já se tem claro que idosos e pessoas com alguma comorbidade são os casos fatais mais frequentes.

Esses efeitos sobre a produção, o emprego e conseqüentemente sobre a renda e seus impactos sobre as condições de vida das pessoas, no momento e em futuro próximo, polarizaram as discussões sobre o *lockdown*. Em grande parte, essa polarização se deve ao argumento de que a preocupação com a economia implica pouca consideração com a vida humana. Ainda que falacioso, esse argumento exacerbou a intolerância, agravada pela ação policial contra cidadãos que circulavam em algumas cidades.

Com a paralização das atividades nas cidades, e seus efeitos sobre os setores de comércio e de serviços, o número de desempregados cresceu e tem crescido ao longo dos meses de quarentena. Muitas empresas, especialmente médias e pequenas, fecharam suas portas. O Executivo reagiu por meio de duas medidas provisórias (MP 927 e MP 936) que objetivam dar mais flexibilidade ao mercado de trabalho durante o estado de calamidade pública em decorrência da pandemia da Covid-19 (Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020).

A Medida Provisória nº 927, de 22 de março, além prover garantia jurídica ao teletrabalho, simplifica as regras para a concessão de férias antecipadas individuais e de férias coletivas, institui a antecipação do gozo de feriados, flexibiliza o uso do banco de horas na compensação da jornada de trabalho, suspende exigências administrativas associadas à segurança no trabalho e estabelece o diferimento do recolhimento, pelo empregador, do *Fundo de Garantia do Tempo de Serviço* (FGTS).

A Medida Provisória nº 936, de 1º de abril, estabeleceu a possibilidade de redução de salário com a correspondente redução da jornada de trabalho, sendo o trabalhador, dessa forma, beneficiado com a manutenção de seu emprego. Além disso, o trabalhador passa a receber do governo federal uma complementação proporcional à redução de seu salário. Essa Medida Provisória foi prorrogada e aprovada pela Câmara dos Deputados e aguarda aprovação pelo Senado.

Com o aumento do desemprego e restrições ao trabalho no mercado informal, tornava-se imperiosa uma ação humanitária em favor da população privada de trabalho e de



renda. Assim, em 2 de abril, foi sancionada a Lei nº 13.982, que criou o *auxílio emergencial mensal no valor de R\$ 600,00 a trabalhadores informais, microempreendedores individuais, contribuintes individuais da Previdência Social e desempregados*. No mesmo dia, o Executivo editou a Medida Provisória nº 937, de modo a disponibilizar R\$ 98,2 bilhões para que o Ministério da Cidadania procedesse ao pagamento desse auxílio, inicialmente por três meses.

Entretanto, o Orçamento da União não teria como suportar os encargos impostos pela pandemia, devido às restrições da *regra de ouro*. A PEC nº 10, de 2020, conhecida como PEC do *Orçamento de Guerra*, apresentada na Câmara dos Deputados, em 1º de abril, com o propósito de permitir que o Executivo pudesse agir, só veio a ser aprovada, em 7 de maio, como EC nº 106, de 2020, com o propósito de instituir *regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia*.

A redução na arrecadação tributária tornou a situação dos estados e dos municípios insustentável, e a pressão para que a União viesse em socorro de seus entes federativos mobilizou o Congresso Nacional. Assim, com origem no Senado, o Projeto de Lei Parlamentar nº 39 é sancionado pelo presidente da República, em 27 de maio, como Lei Complementar nº 173, com o objetivo de estabelecer um programa federativo de enfrentamento à Covid-19. Esta Lei suspende os pagamentos das dívidas dos estados, do Distrito Federal e dos municípios para com a União; reestrutura suas relações de crédito interno e externo e estabelece um auxílio financeiro direto de R\$ 60 bilhões aos entes federativos.

O total do auxílio financeiro ficou assim distribuído: R\$ 10 bilhões para uso exclusivo na saúde, cabendo aos estados R\$ 7 bilhões, e os três restantes para os municípios: R\$ 50 bilhões para recomposição dos orçamentos distribuídos da seguinte forma, R\$ 30 bilhões para os estados e R\$ 20 bilhões para os municípios.

O momento é extremamente delicado e se estenderá por todo o período de retomada das atividades econômicas. A Covid-19, como uma lupa, aumentou nossa percepção da crise que já vivemos há algum tempo. A quarentena e o *lockdown* deixaram claro que essa crise tem múltiplas dimensões. Institucionalmente, a crise decorre da nossa organização institucional que clama por reformas; politicamente, a crise decorre do isolamento do presidente e da ação política do Judiciário; socialmente, a crise é de valores; economicamente, a crise resulta do excesso de Estado; humanitariamente, a crise é de saúde pública e de pobreza.

A palavra crise se origina do vocábulo grego *krisis*. Na Grécia Antiga, *krisis* foi a expressão cunhada pelos médicos para definir o estado de um paciente após ser medicado. Atendido e medicado, o paciente entrava em estado de *krisis*, estado este que



terminaria com sua cura ou morte. Assim, etimologicamente devemos entender que toda crise é um período de transição que contém dois momentos; um de perda e o outro de oportunidades. A boa administração de uma crise requer minimizar as perdas e tornar realidade as oportunidades que se abrem. Precisamos ser mais proativos para superarmos essa crise, caso contrário, poderemos caminhar para uma situação de desgoverno, como ocorreu no Peru nos anos 1980.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Sandro L. (2007), *Entre a proteção e a eficiência: evidências de seleção adversa no mercado brasileiro da saúde suplementar após a regulamentação*. Primeiro lugar na categoria profissional. **II Prêmio SEAE de Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica**. Brasília: Ministério da Fazenda, SAE, 2009.

ALVES, Sandro Leal (2010), *Mercado e regulação do setor saúde suplementar no Brasil*. **Banco de Idéias**. (Set/out/nov, 2010): 15-20. Rio de Janeiro: Instituto Liberal do Rio de Janeiro.

BHAGWATI, J.N. (1980) "Lobbying and Welfare". **Journal of Public Economics** 14, 355-63.

CARVALHO, José L. (1999), *O Processo Educacional, o Desenvolvimento Humano e a Escola*. **ThinkTankv. 2**, 6 (Jan./1999): Encarte Especial. São Paulo: Instituto Liberal de São Paulo.

CECHIN, José, Sandro Leal ALVES e Álvaro ALMEIDA (2016), *Dinâmica dos Custos, Formação de Preços e Controle de Reajustes dos Planos de Saúde no Brasil: a Urgência de se Revisar a Regulação*. **Revista Brasileira de Risco e Seguros**, v. 12, n. 21, (abr./set. 2016): 133-156.

COASE, Ronald H. (1959), *The Federal Communications Commission*. **The Journal of Law and Economics**, 2 (Oct. 1959): 25-46.

COASE, Ronald H. (1960), *The Problem of Social Cost*, **The Journal of Law and Economics**, 3 (Oct. 1960): 1-44.

DEMSETZ, Harold (1968) *Why Regulate Utilities?* **Journal of Law and Economics** 11 (April, 1968): 55-65.





DNES, Antony W. (1991) *Franchising, Natural Monopoly, and Privatization* in Cento Veljanovski ed. **Regulators and the Market: An Assessment of the Growth of Regulation in UK**. London: Institute of Economic Affairs, 1991.

FRIEDMAN, David (1973) **The Machinery of Freedom: Guide to a Radical Capitalism**. New York: Harper and Row, 1973.

GWARTNEY, James, Robert LAWSON, Joshua HALL, and Ryan MURPHY (2018). Economic Freedom Dataset, published in *Economic Freedom of the World: 2018 Annual Report*. Fraser Institute. <https://www.fraserinstitute.org/economic-freedom/dataset?geozone=world&page=dataset&min-year=2&max-year=0&filter=0>

HAYEK, F. A. (2011) **Desestatização do dinheiro** (2ª. Edição). São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2011.

KRUEGER, Anne O. (1974) "The Political Economy of Rent-Seeking Society". **American Economic Review** 64, 291-303.

MITNICK, B.M. (1980) **The Political Economy of Regulation**. New York: Columbia University Press, 1980.

NORTH, Douglas C. and THOMAS, Robert Paul (1973), **The Rise of the Western World: A New Economic History**. Cambridge: Cambridge University Press, 1973.

PELTZMAN, Sam (1976) "Toward a More General Theory of Regulation", **The Journal of Law and Economics**, 19 (August): 211-40. Reproduzido em Stigler (1988).

POSNER, R. A. (1971) "Taxation by Regulation", **The Bell Journal of Economics and Management Science**, 2 (Spring, 1971): 22-50.

POSNER, R. A. (1974) "The Theories of Economic Regulations", **The Bell Journal of Economics and Management Science**, 5 (Autumn, 1974): 335-65.

SAVASINI, J.A.A. e KUME, H. (1979) **Custos dos Recursos Domésticos das Exportações Brasileiras**. Rio de Janeiro: Fundação Centro de Estudos do Comércio Exterior, Série Estudos nº 3.

STIGLER, G.J. (1971) "The Theory of Economic Regulation", **The Bell Journal of Economics and Management Science**, 2 (Spring, 1971): 3-21.



STIGLER, G.J. (1988) ed. **Chicago Studies in Political Economy**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

THE WORLD BANK DOING BUSINESS, 2019. <http://portugues.doingbusiness.org/>

TUNCER, B. e KRUEGER, A.D. (1982) “An Empirical Test of The Infant Industry Argument”. **American Economic Review**, 72 (December, 1982): 142-52.

USHER, Dan (1981), **The Economic Prerequisite to Democracy**. New York: University of Columbia Press, 1981.





CONCEITOS FUNDAMENTAIS SOBRE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

SAMIR JOSÉ CAETANO MARTINS

Samir José Caetano Martins

Membro da carreira de Especialista em Regulação de Saúde Suplementar desde 2007. Ocupa desde 2011 o cargo de Gerente de Assessoria Normativa da Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil desde 2001, foi advogado militante no setor de saúde. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho, Especialista em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas e Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Foi professor substituto do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da UERJ (2011-2013) e tem atuado desde 2006 como professor convidado em cursos de pós-graduação lato sensu e em cursos de aperfeiçoamento profissional em diversas instituições de ensino. Membro do Centro de Estudos Empírico-Jurídicos- CEEJ, dedicando-se ao estudo de temas de Direito Administrativo.





1 - O que é regulação?

A palavra “regulação”, que no contexto internacional é associada à ideia de regulamentação em geral, tem uma amplitude específica no Direito Brasileiro, sendo associada à ideia de regulação da economia. A regulação da economia pode ser definida como “o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis”¹.

Regulação, portanto, não é uma simples revisitação do Poder de Polícia, abrange distintas abordagens do Estado sobre a atividade econômica do particular, indo muito além da normatização, autorização, fiscalização e sancionamento, facetas típicas do Ciclo de Polícia. Pode envolver uma estrutura de incentivos aos particulares, frequentemente vinculados por meio de convenções com o Estado e chegar até a atuação concorrencial do Estado, com vista a influenciar o padrão de competição dos agentes econômicos em direções socialmente desejáveis.

2 - O caráter biface da saúde

A ordem social instituída pela Constituição da República tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, nos termos do artigo 194.

Para atingir o objetivo da ordem social, o Estado deve atuar em diversas áreas, entre elas a seguridade social, disciplinada nos artigos 194 a 204 da Constituição da República, os quais evidenciam que a seguridade social visa assegurar direitos à saúde, à previdência social e à assistência social.

O direito à saúde tem seus traços fundamentais delineados nos artigos 196 a 200 da Constituição da República.

O artigo 196 do texto constitucional dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, sendo garantida por meio de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 208.



Nos termos do artigo 197 do texto constitucional, as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor por meio de lei sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por terceiros, o que inclui pessoas naturais e pessoas jurídicas de direito privado.

A criação do Sistema Único de Saúde (SUS) é objeto do caput do artigo 198 do texto constitucional, segundo o qual as ações e os serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com três diretrizes: (i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (ii) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo para os serviços assistenciais; e (iii) participação da comunidade, de modo que União, Estados e Municípios devem atuar de forma coordenada e integrada.

Ao Sistema Único de Saúde compete atuar num amplo espectro de atividades relacionadas à saúde, que vão da vigilância sanitária e epidemiológica até a colaboração na proteção do meio ambiente, nele incluído o do trabalho, nos termos do artigo 200 do texto constitucional.

Embora os serviços de saúde sejam um serviço público, sua oferta é livre à iniciativa privada, nos termos do caput do artigo 199 do texto constitucional, dispondo o § 1º do mesmo artigo que as “instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”, cumprindo observar que, nos termos do § 2º do mesmo artigo, é “vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”.

A participação do capital estrangeiro na assistência à saúde foi matéria objeto de discussão inconclusa na Assembleia Nacional Constituinte, o que se expressou no § 3º do artigo 199 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), segundo o qual é “vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei”. É interessante perceber que o texto constitucional cria uma vedação e ele próprio permite que uma lei, norma de hierarquia inferior, crie exceções a essa vedação.

No plano infraconstitucional, a princípio, só se admitia expressamente o capital estrangeiro na assistência à saúde em hipóteses excepcionais. O artigo 23 da Lei nº 8.080, de 1990, dispunha ser vedada a participação direta ou indireta de capital estrangeiro na assistência à saúde, salvo “através de doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos” e “serviços de saúde mantidos, sem finalidade lucrativa, por empresas, para atendimento de seus empregados e



dependentes, sem qualquer ônus para a seguridade social”. De outro modo, a participação de capital estrangeiro foi expressamente permitida pelo artigo 1º, § 3º, da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, de maneira que só se admitia a participação direta ou indireta de capital estrangeiro na assistência à saúde no setor de saúde suplementar.

Com o advento da Lei nº 13.097, de 2015, alterou-se a redação do artigo 23 da Lei nº 8.080, de 1990, para dispor que “É permitida a participação direta ou indireta, inclusive controle, de empresas ou de capital estrangeiro na assistência à saúde nos seguintes casos: I - doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos; II - pessoas jurídicas destinadas a instalar, operacionalizar ou explorar: a) hospital geral, inclusive filantrópico, hospital especializado, policlínica, clínica geral e clínica especializada; e b) ações e pesquisas de planejamento familiar; III - serviços de saúde mantidos, sem finalidade lucrativa, por empresas, para atendimento de seus empregados e dependentes, sem qualquer ônus para a seguridade social; e IV - demais casos previstos em legislação específica”. Os termos amplos da Lei nº 13.097, de 2015, suscitaram críticas de setores ligados ao movimento sanitarista, que viram na alteração legislativa uma subversão da exceção, que, na prática, passou a ser a regra. Sob o argumento de que essa suposta subversão afrontaria o texto constitucional, propôs-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.239, que se encontra em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, não tendo havido a apreciação do requerimento de medida liminar nem o início do julgamento do mérito. Hoje, portanto, é ampla a participação do capital estrangeiro na assistência à saúde.

Desse modo, a assistência à saúde no Brasil deve ser reconhecida como um serviço compartilhado, ou seja, é um serviço público social quando prestada pelo Estado, e é uma atividade econômica privada quando explorada por particulares².

O serviço público de assistência à saúde é objeto do Título II da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a qual delinea a organização, distribuindo os papéis de cada esfera da federação na prestação desse serviço público, e estabelece as diretrizes do Sistema Único de Saúde.

Os serviços privados de assistência à saúde são objeto do Título III da Lei nº 8.080, de 1990, que engloba seus artigos 20 a 26.

A assistência à saúde é livre à iniciativa privada (artigo 21), caracterizando-se, quando prestada no âmbito privado, pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais

² ARAGÃO, op. cit., p. 384



e de pessoas jurídicas de direito privado (artigo 20), devendo ser observados “os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento” (artigo 22), sendo admitida a participação complementar de serviços privados no Sistema Único de Saúde, e observada a disciplina própria dessa parceria entre as esferas pública e privada (artigos 24 a 26).

Os serviços privados de assistência à saúde, prestados no âmbito da saúde suplementar, são objeto da Lei nº 9.656, de 1998, e da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que constituem o marco regulatório do setor.

Inicialmente, a regulação do setor foi instituída pela Lei nº 9.656, de 1998, que confiou à Superintendência de Seguros Privados, autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, a regulação do setor, ouvido o Ministério da Saúde quanto a coberturas e a aspectos sanitários e epidemiológicos.

Em seguida, decidiu-se confiar a regulação do setor à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, criada pela Lei nº 9.961, de 2000, com competência para tratar de todos os aspectos envolvendo a operação de planos privados de assistência à saúde.

Por razões desconhecidas, optou-se por manter ambas as leis para fixar o marco regulatório da saúde suplementar: enquanto a Lei nº 9.656, de 1998, cuida de aspectos importantes das condições de ingresso, permanência e saída do setor, além de definir os conteúdos mínimos dos planos privados de assistência à saúde, a Lei nº 9.961, de 2000, detalha as competências da Agência Nacional de Saúde Suplementar e define as diretrizes da composição de seus órgãos.

3 - Por que regular a saúde suplementar?

Há quatro fundamentos para regular a saúde suplementar: político, social, jurídico e econômico.

3.1 - Fundamento político

O fundamento político se extrai do caráter biface da saúde, visto acima. Sendo a assistência à saúde um serviço público e uma atividade privada de interesse público, é evidente que há interesse estatal em alinhar a assistência à saúde privada às linhas orientadoras da assistência à saúde pública, integrando as ações de saúde no País (o que explica a orientação da saúde suplementar ao paradigma da integralidade, que, a despeito do nome, não significa “dar tudo o que existir”, significando, isto sim, que a





assistência à saúde deve abranger a linha de cuidado integral, perpassando a promoção da saúde, a prevenção de doenças e agravos à saúde, o tratamento e a reabilitação), e há um interesse estatal em que o setor de saúde suplementar se desenvolva de modo a reduzir a demanda por serviços públicos de saúde (o que fica evidente pelo incentivo fiscal associado à oferta de planos privados de assistência à saúde na dedução das despesas a ele associadas da base de cálculo do Imposto sobre a Renda).

3.2 - Fundamento social

O fundamento social constitui o reverso da moeda do fundamento político. Se é verdade que ao Estado interessa regular a saúde suplementar, não é menos verdade que isso também interessa à sociedade.

São notórios os conflitos entre operadoras e consumidores no início dos anos 1990. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, com sua técnica legislativa de amplo manejo de princípios, de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados, ampliou-se a pressão de consumidores sobre as operadoras para atendimento de suas expectativas, e, para a canalização dessas expectativas, havia o anseio por uma disciplina mais clara e um controle estatal mais rígido sobre essas relações de consumo, e, pelo lado das operadoras, via-se com preocupação o impacto do Código de Defesa do Consumidor (CDC) sobre sua atividade econômica, não propriamente pelo caráter protetivo deste Código, mas pela insegurança jurídica que a textura aberta dele trazia ao cálculo econômico, que determina a precificação dos planos privados de assistência à saúde e, ao fim e ao cabo, permite a sustentabilidade das operadoras e do próprio setor.

Curiosamente, por razões diferentes, consumidores e fornecedores tinham interesse no estabelecimento de um marco regulatório para o setor.

3.3 - Fundamento jurídico

Naturalmente, os anseios sociais encontram reflexo no sistema jurídico. A hipossuficiência, tanto econômica quanto técnica (artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor), e a vulnerabilidade do consumidor (artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor) de planos privados de assistência à saúde – vulnerabilidade essa que é mais acentuada dado que o serviço de saúde é demandado em situações de especial fragilidade, física e psicológica, são fatores mais do que suficientes para explicar, sob o prisma jurídico, a regulação de saúde suplementar.



Nas palavras de José Reinaldo de Lima Lopes³:

“O problema da regulação dos serviços de saúde é, pois, tanto um problema de saúde pública e uma questão social quanto um problema corretivo dos contratos de adesão. Como até hoje o sistema público não foi capaz de oferecer cobertura universal, gratuita e adequada – e hoje há os que duvidam que isto seja desejável –, estabelecer alguma harmonia entre o sistema privado e o sistema estatal impõe-se naturalmente. Para isto, porém, é preciso partir de alguns pontos consensuais. O primeiro, e mais evidente deles, seria considerar a saúde como um bem distinto de outros bens de consumo, pois não é descartável e não se separa do corpo e da vida da pessoa, e a solução tradicional de indenização por perdas e danos termina por não compensar adequadamente. Em segundo lugar, e por consequência, o exercício do comércio na área de saúde requer regras próprias. Isto leva à regulação de tais serviços. Mesmo em sociedades tidas por tipicamente liberais terminou-se por impor restrições à atividade privada”.

3.4 - Fundamento econômico

Mesmo que os fundamentos político, social e jurídico fossem desconsiderados, haveria ampla fundamentação econômica para a regulação do setor.

Simplificadamente, pode-se dizer que o ideal seria obter uma estrutura de mercado caracterizada pelo modelo de competição perfeita: um grande número de vendedores encontraria um grande número de compradores; não haveria barreiras à entrada de novos vendedores e de novos compradores; os produtos seriam homogêneos (homogeneidade não significa que os produtos seriam iguais, mas sim que seriam substitutos entre si na preferência do comprador); haveria completa informação para vendedores e para compradores, tanto sobre eles mesmos quanto sobre os produtos transacionados, e não haveria externalidades (isto é, as ações e omissões do agente econômico gerariam consequências boas ou ruins para ele e apenas para ele).

³ “Consumidores de Seguros e Planos de Saúde (ou, doente também tem direitos)”. Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 25.



Em um ambiente assim, o preço tenderia a equivaler ao custo total médio de produção, ou seja, o preço seria o menor possível (haveria oferta até que o preço dos produtos chegasse a ponto em que ofertar deixasse de ser minimamente lucrativo) e a quantidade ofertada seria a maior possível (em termos econômicos, há correlação entre preço e quantidade ofertada, de modo que quanto maior o preço, menor tende a ser a quantidade ofertada e, quanto menor o preço, maior tende a ser a quantidade ofertada).

Não é o que ocorre no setor de saúde suplementar, que é marcado por diversas falhas de mercado, sendo as duas principais o poder de mercado e a assimetria de informação.

3.4.1 - Poder de mercado

O poder de mercado se caracteriza pela capacidade de o agente econômico influenciar o preço e a quantidade nele ofertada.

Esse poder de mercado se manifesta em estruturas de mercado que apresentem alta concentração. Pelo lado da oferta (venda), pode-se falar em monopólio ou em oligopólio, e, pelo lado da demanda (compra), pode-se falar em monopsonio ou oligopsonio, caso esse poder de mercado seja detido por um único agente econômico (daí “mono”), o que é raro, ou por poucos agentes econômicos (daí “oligo”), o que é muito comum, especialmente na saúde suplementar.

Para compreender como o poder de mercado se expressa na saúde suplementar, é preciso conhecer a cadeia produtiva na saúde – especialmente em que ponto dessa cadeia se situam as operadoras de plano de assistência à saúde e as administradoras de benefícios, que são as únicas sujeitas à regulação especificamente no setor de saúde suplementar – e as dimensões que definem um mercado, chamado mercado relevante.

3.4.1.1 - Cadeia produtiva na saúde

A cadeia produtiva na saúde é formada, a montante, ou seja, no ponto mais acima, pelos fabricantes de materiais e de medicamentos, cujos produtos são demandados por: i) profissionais de saúde; ii) hospitais e serviços auxiliares de diagnóstico e terapia (laboratórios e clínicas); iii) operadoras de plano de assistência à saúde; iv) contratantes (dentre os quais, as administradoras de benefícios), contratantes estes que podem ser pessoas naturais ou jurídicas, contratando-se a cobertura em benefício de pessoas naturais (chamadas beneficiários no setor de saúde suplementar).

Como se vê, as operadoras compram serviços de profissionais de saúde, de hospitais e de Serviço de Apoio Diagnóstico e Terapêutico (SADT) e de fabricantes de materiais e de medicamentos (destes últimos, direta ou indiretamente, dependendo da situação



concreta) e vendem serviços aos contratantes de planos privados de assistência à saúde.

Logo, dependendo da existência de poder de mercado da operadora e dos agentes com quem transaciona, uma operadora pode ter poder de mercado pelo lado da demanda; pelo lado da oferta; por ambos os lados, ou não ter poder de mercado por nenhum dos lados.

3.4.1.2 - Estruturas de mercado na saúde suplementar

É notória a distribuição de muitos beneficiários de planos médico-hospitalares entre poucas operadoras no setor de saúde suplementar brasileiro. Ocorre que isso nada diz sobre a estrutura de mercado e, conseqüentemente, nada diz sobre o grau de concentração de mercado entre os agentes econômicos que nele atuam.

O fato de poucas operadoras concentrarem muitos beneficiários indica apenas que o setor conta com *players* de significativo porte econômico, o que gera preocupações maiores com seu monitoramento por parte da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), considerando que a descontinuidade da assistência à saúde prestada por essas operadoras geraria um impacto social de dimensão nacional que repercutiria negativamente sobre a imagem desta Agência como ente regulador. Trata-se do *too big to fail*, que se popularizou com a observação das repercussões econômicas da quebra de instituições financeiras de grande porte nos Estados Unidos da América na crise de 2008.

Ocorre que porte econômico não é sinônimo de poder de mercado, assim como o perfil do setor não é sinônimo da estrutura de mercado.

Para identificar o poder de mercado, é preciso conhecer sua estrutura e, para defini-la, é preciso delimitá-la. Essa delimitação tem sido feita no Brasil, assim como nos Estados Unidos da América e na União Europeia, pelo método de determinação do mercado relevante⁴.

Chama-se mercado relevante o campo em que os ofertantes travam uma competição pela preferência dos demandantes. Para delimitar esse campo, o ideal é vislumbrar três dimensões: produto, geográfica e temporal. Costuma-se usar as dimensões produto e geográfica, reservando-se à dimensão temporal um papel mais sutil, mas nem por isso

⁴ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 82.





menos importante⁵.

Na dimensão produto, são inseridos os produtos ou os serviços substitutos entre si, tanto pelo lado da demanda quanto pelo lado da oferta. Pelo lado da demanda, consideram-se, na determinação do mercado, relevantes não apenas produtos ou serviços rigorosamente idênticos, mas todos aqueles que o demandante pode preferir em substituição ao produto ou serviço considerado, ante um aumento de preço desse produto ou serviço (como no clássico exemplo da substituição da manteiga pela margarina mediante um aumento no preço da manteiga). Pelo lado da oferta, consideram-se não apenas os atuais concorrentes que podem reagir a um aumento de preço tentando aumentar suas participações de mercado com a oferta de um produto ou serviço mais barato, mas também os potenciais concorrentes, isto é, os agentes econômicos que podem decidir ingressar no mercado, atraídos pela margem de lucro que o mercado considerado oferece.

Na dimensão geográfica é considerado o raio de deslocamento, tanto pelo lado da demanda quanto pelo lado da oferta. Pelo lado da demanda, considera-se a propensão de deslocamento do demandante por um produto ou um serviço mais barato, reagindo a um aumento de preço. E pelo lado da oferta consideram-se os raios de atuação dos ofertantes atuais ou potenciais, que podem ser ampliados para tentar conquistar ou aumentar participações de mercado, atraídos pela margem de lucro que o mercado considerado oferece. Nesse contexto, as possibilidades de ampliação de redes de distribuição e de importações influem no resultado.

Diz-se que a dimensão temporal se faz presente na determinação do mercado relevante porque os movimentos de oferta e de demanda nas dimensões produto e geográfica são considerados num limite de tempo determinado, que revela uma perspectiva de curto prazo.

Uma vez delimitado o mercado relevante, calculam-se as participações de cada agente econômico naquele mercado, em percentuais (o agente econômico considerado pode ser o ofertante ou o demandante, dependendo do objetivo da análise econômica: determinar o poder de oferta ou o poder de compra).

O número de agentes econômicos e suas respectivas participações de mercado indicarão a estrutura deste, sabendo-se que cada estrutura de mercado tem características peculiares, certo, pois, que estas podem gerar diferentes preocupações com a preservação da livre concorrência.

⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 108.



Em teoria, um mercado relevante pode apresentar um dentre seis tipos de estrutura: pelo lado da oferta, pode se apresentar como competitivo, concorrência monopolística, firma dominante, oligopólio, monopólio e monopólio natural; pelo lado da demanda, usam-se categorias simétricas.

Como exposto linhas acima, uma estrutura de mercado competitiva, ou de concorrência perfeita, é um modelo ideal, no qual há um grande número de ofertantes e de demandantes que realizam operações econômicas envolvendo produtos homogêneos (ou seja, substitutos perfeitos), com completa informação sobre os agentes econômicos e os produtos, inexistindo barreiras à entrada de novos concorrentes.

Nesse cenário, nenhum ofertante tem poder para influenciar o preço; a maximização do lucro do ofertante se dá no ponto em que a receita marginal se iguala ao custo marginal (ou seja, a receita da última unidade produzida se iguala ao seu custo; a partir daí, não seria racional produzir, pois a tendência seria de o produto adicional exigir custos individualmente maiores do que seu preço); o preço de mercado equivale ao custo total médio de produção, e os ofertantes não conseguiriam sustentar um hipotético aumento de preço, pois, dada a ausência de barreiras à entrada, novos ofertantes ingressariam no mercado e suas presenças, invariavelmente, fariam o preço de todos voltar ao nível competitivo.

Uma estrutura de mercado de concorrência monopolística difere da competitiva pelo produto: os produtos não são homogêneos, mas similares. Nesse cenário, o ofertante consegue obter um lucro supracompetitivo porque seu produto é diferenciado, mas não consegue sustentar uma margem de lucro extraordinária no longo prazo porque novos ofertantes tenderiam a ingressar no mercado, e os demandantes tenderiam a reagir buscando produtos similares.

Uma estrutura de mercado de firma dominante é caracterizada pela existência de um ofertante líder, com poder de mercado, que é a “firma dominante”, e de outros ofertantes menores, sem poder de mercado, quais sejam, as “firmas seguidoras”. Nesse cenário, o ofertante líder comporta-se como um monopolista, ou seja, define sozinho o preço do produto, sendo esse preço tomado como dado pelos ofertantes menores, o que evidencia que ele obtém um lucro supracompetitivo. Mas, dado que os produtos são similares e que não há barreiras à entrada, o ofertante líder não conseguiria sustentar uma margem de lucro extraordinária no longo prazo porque novos ofertantes tenderiam a ingressar no mercado, e os demandantes tenderiam a reagir buscando os produtos similares ofertados pelas “firmas seguidoras”.

Uma estrutura de mercado de oligopólio é caracterizada por um pequeno número de ofertantes e por altas barreiras à entrada, podendo os produtos se apresentarem como





homogêneos ou como diferenciados. Caso esses ofertantes ajam competitivamente, seu desempenho será semelhante ao de um mercado de concorrência perfeita, mas, caso cooperem entre si, combinando preços ou quantidades produzidas, obterão resultado próximo ao de um monopólio, impondo ao mercado um preço que lhes assegure o máximo lucro supracompetitivo. Seja qual for a postura adotada pelos ofertantes, o fato é que cada um deles levará em conta a possível reação dos demais⁶, sendo certo que o grau de competição tende a ser menor quando poucos ofertantes dominam o mercado.⁷

Uma estrutura de mercado de monopólio é caracterizada pela existência de um único ofertante e de altas barreiras à entrada. Nesse cenário, o monopolista impõe um preço que maximize o seu lucro por unidade produzida e, conseqüentemente, oferta uma quantidade menor de produtos a um preço maior do que o observável numa estrutura de mercado competitiva, o que resulta numa perda de bem-estar para a sociedade em geral e para os demandantes em especial, dado que a quantidade de produtos consumida é menor do que a possível, e dado que o ofertante retira parcela do bem-estar dos demandantes ao impor-lhes o pagamento de um preço maior do que o que seria cobrado num cenário competitivo.

Uma estrutura de mercado de monopólio natural é caracterizada pela existência de um único ofertante e de altas barreiras à entrada, como ocorre em qualquer monopólio, mas com uma peculiaridade: dados os altos custos fixos e dada a economia de escala, o monopólio é a estrutura de mercado mais eficiente.

Dada a característica peculiar dos monopólios naturais, é comum que as atividades que apresentam essa estrutura de mercado sejam sujeitas à regulação, como ocorre, por exemplo, com a distribuição de energia elétrica para residências. Nesse caso, cabe ao regulador evitar abusos do monopolista, o que é possível, ainda tomando como exemplo a energia elétrica para residências, fixando qual o preço-teto a ser cobrado do consumidor, que pode ser o custo médio de produção.

Na prática, poucas atividades econômicas apresentam estruturas de mercado de concorrência perfeita ou de monopólio, sendo mais comum que os ofertantes apresentem algum grau de concorrência⁸.

⁶ STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. Introdução à microeconomia. Rio de Janeiro: Campus, 2003, trad. Helga Hoffmann, p. 371.

⁷ WALSH, op. cit., p. 206.

⁸ STIGLITZ; WALSH, op. cit., p. 205.



Para avaliar o grau de concentração em uma estrutura de mercado, podem ser usados diversos índices, que primariamente servem para a análise de atos de concentração horizontal (movimentos de fusões e aquisições entre concorrentes), mas que se prestam à análise da estrutura de mercado em geral.

Na experiência brasileira, são comuns os manejos dos índices C4 e Herfindahl-Hirschmann (HHI). O C4, coeficiente da soma dos quatro, corresponde à soma aritmética das participações de mercado dos quatro maiores ofertantes, considerando-se haver probabilidade do exercício coordenado do poder de mercado se o produto dessa soma for igual ou superior a 75% e se o agente econômico considerado alcançar o incremento, num ato de concentração, de 10% em sua participação de mercado. O HHI é composto pela soma dos quadrados das participações de mercado de todos os ofertantes. Caso o produto dessa soma seja inferior a 1.000, o mercado será considerado pouco concentrado; caso o produto esteja entre 1.000 e 1.800, o mercado será considerado moderadamente concentrado, e caso o produto seja superior a 1.800, o mercado será considerado altamente concentrado. Se o produto revelar um mercado pouco concentrado, seria viável aprovar um ato de concentração sem restrições; se o produto revelar um mercado moderadamente concentrado, seria viável aprovar um ato de concentração sem restrições somente se a variação do HHI decorrente do ato fosse inferior a 100, e se o produto revelar um mercado altamente concentrado, só seria viável aprovar um ato de concentração se a variação do HHI decorrente do ato fosse inferior a 50 ou, em casos excepcionais, superior a 50 e inferior a 100, tomando-se como muito improvável a aprovação de um ato de concentração que gerasse uma variação no HHI superior a 100 num mercado altamente concentrado⁹.

Como a exposição das diversas estruturas de mercado evidencia, a existência de barreiras à entrada de novos competidores é o elemento-chave para a persistência de estruturas de mercado que gerem lucros supracompetitivos.

São barreiras à entrada: economias de escala (é preciso atingir um nível de produção alto para que o custo da unidade produzida seja baixo, o que dificulta a entrada de ofertantes com baixa capacidade de produção); economias de escopo (é mais barato produzir dois produtos juntos do que separadamente, o que dificulta a entrada de ofertantes incapazes de produzir os dois produtos juntos); exigência de capital mínimo elevado para a entrada (é preciso lançar mão de investimentos altos para iniciar a produção); existência de *sunkcosts* (os custos de instalação da produção são irrecuperáveis – daí serem chamados “custos afundados” –, ou seja, caso a produção não tenha sucesso, o investidor não conseguirá aplicar os materiais e equipamentos

⁹ SCHUARTZ, Luiz Fernando. Direito e econômico regulatório. v. 1. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 69.



investidos em outras atividades econômicas); acesso difícil à tecnologia (caso das patentes); acesso difícil às matérias-primas; custo de aprendizado (é preciso investir em treinamento para iniciar a atividade econômica) e grau de lealdade do consumidor à marca¹⁰.

As barreiras à entrada diminuem o nível de contestabilidade do mercado, ou seja, diminuem a possibilidade de uma entrada tempestiva, suficiente e provável de potenciais ofertantes atraídos pelo lucro supracompetitivo no mercado, o que resultaria, ao longo do tempo, na redução do lucro em todo o mercado em função da competição entre os ofertantes¹¹.

É possível determinar os mercados relevantes no setor de saúde suplementar brasileiro, na dimensão produto, para planos de assistência à saúde contratados na vigência da Lei nº 9.656, de 1998, a partir do tipo de contratação e da segmentação assistencial (excluindo-se os planos privados de assistência à saúde, ofertados por autogestões, que atendem a um público específico) e, na dimensão geográfica, dado que oferta e demanda se dão em âmbito local, a partir de um modelo gravitacional que captura a propensão do consumidor ao deslocamento em busca de serviços de saúde, considerando a rede assistencial disponível.

Trata-se de modelo originalmente concebido por Mônica Viegas de Andrade *et al.*¹², recentemente atualizado por Leonardo Fernandes Ferreira¹³, sendo essa a base teórica da metodologia empregada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar para monitorar a concentração de mercado no setor, quanto aos planos médico-hospitalares.

Partindo dessas premissas, na dimensão produto são identificados os mercados relevantes formados por planos de saúde do tipo de contratação individual/familiar; coletiva empresarial e coletiva por adesão e que oferecem as segmentações assistenciais ambulatorial, “médico-hospitalar” (incluindo-se nesse grupo as segmentações assistenciais hospitalar, referência e a conjugação da segmentação assistencial hospitalar com as demais segmentações, dado que todas são ancoradas na prestação de serviços hospitalares).

¹⁰ OLIVEIRA; RODAS, op. cit., p. 122.

¹¹ SCHUARTZ, op. cit., p. 68.

¹² ANDRADE, Mônica Viegas *et al.* “Mercados e Concentração no Setor Suplementar de Planos e Seguros de Saúde no Brasil”. Pesquisa e Planejamento Econômico. Rio de Janeiro, v. 42, n. 3, dez. 2012, p. 329-361.

¹³ FERREIRA, Leonardo Fernandes. Delimitação de mercados relevantes de planos de saúde e análise de concentração (Dissertação de Mestrado). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2020, 150 p.





A separação entre o tipo de contratação individual/familiar e coletiva empresarial e por adesão se dá pela impossibilidade de substituição entre esses tipos de contratação pelo lado da oferta e pelo lado da demanda, pois somente pessoas naturais podem contratar planos individuais/familiares, e somente pessoas jurídicas podem contratar planos coletivos empresariais e por adesão, sendo que planos coletivos empresariais e planos coletivos por adesão são acessíveis por contratantes de perfis distintos e para a assistência de beneficiários com vínculos distintos com os contratantes (diferenças na legitimidade para contratar e na elegibilidade para ser beneficiário).

Os planos privados de assistência à saúde, oferecidos pelas autogestões, necessariamente classificados como coletivos, são excluídos da dimensão produto, porque cada autogestão só pode ofertar planos para seu público específico, nos termos do artigo 2º da Resolução Normativa nº 137, de 2006, de modo que não existe substituíbilidade, pelo lado da oferta, entre os planos de saúde oferecidos pelas autogestões e pelas demais modalidades de operadoras.

Com relação às segmentações assistenciais, é evidente que não há substituíbilidade, pelo lado da oferta e pelo lado da demanda, entre um plano ambulatorial, um plano hospitalar e um plano exclusivamente odontológico, pois o tipo de atenção à saúde oferecida em cada um deles é muito distinta e a estrutura de custos de cada um deles é muito distinta.

Mas é possível vislumbrar substituíbilidade entre planos hospitalares e planos de referência e combinações entre a segmentação assistencial hospitalar e as demais segmentações assistenciais (ambulatorial e exclusivamente odontológica), pois o tipo de atenção à saúde prestado é semelhante (por envolver a prestação de serviços hospitalares) e a estrutura de custos é semelhante (dado que a cobertura de serviços hospitalares é o principal item na estrutura de custos).

Também partindo das premissas acima alinhadas, sabendo-se que as áreas geográficas de abrangência possíveis para um plano de saúde são: municipal, grupo de municípios; estadual, grupo de estados; e nacional, nos termos do item 4 do Anexo II da Resolução Normativa nº 85, de 2004, já se começaria a delimitar a dimensão geográfica do mercado relevante pelo município e, a partir daí, só restaria observar o fluxo de pacientes entre municípios para, afinal, determinar o agrupamento de municípios que compõe cada mercado relevante.

Esse agrupamento pode ser mais ou menos extenso dependendo da dispersão da rede de serviços disponíveis em cada local, podendo-se facilmente visualizar que a oferta desses serviços no interior do País tende a ser mais dispersa do que a observada nas principais capitais brasileiras, especialmente no eixo Rio-São Paulo.





Para operacionalizar o modelo gravitacional, o passo seguinte é definir a força de polarização de cada município em relação aos demais.

A força de polarização de cada município é definida a partir das informações disponíveis sobre os municípios de residência e de atendimento, mais exatamente de internação hospitalar. Essas informações são aproveitadas para mapear o fluxo de deslocamento dos consumidores no setor de saúde suplementar, considerando os prestadores de serviços hospitalares brasileiros.

Após definir as forças de polarização, é preciso definir os centroides, isto é, os polos que, a princípio, poderiam ser considerados o centro de gravidade de cada mercado relevante.

Finalmente, observa-se que cada município centroide tem como primeira força de polarização ele mesmo ou outro município. Caso o município centroide tenha como primeira força de polarização ele mesmo, ele é reconhecido como o centro de um mercado relevante.

Seguindo essa metodologia, alcançam-se 148 dimensões geográficas de mercados relevantes.

Calculando os índices de concentração de mercado, observa-se que em quase todos os mercados há alta concentração de mercado ($HHI \geq 2.500$ pontos) e as quatro maiores operadoras possuem, juntas, participação de mercado que viabiliza o exercício coordenado de poder de mercado ($CR1 \geq 75\%$), conforme ilustram as tabelas abaixo:

Quantidade e percentual de mercados relevantes por faixa de HHI

	EMPRESARIAL		ADESÃO		INDIVIDUAL	
	Qntd.	%	Qntd.	%	Qntd.	%
HHI < 1.500 pontos	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%
1.500 pontos \leq HHI < 2.500 pontos	14	9,46%	5	3,38%	3	2,03%
HHI \geq 2.500 pontos	134	90,54%	143	96,62%	145	97,97%
TOTAL	148	100,00%	148	100,00%	148	100,00%

Fonte: Ferreira, 2020, p.119



Quantidade e percentual de mercados relevantes por faixa de C4

	EMPRESARIAL		ADESÃO		INDIVIDUAL	
	Qntd.	%	Qntd.	%	Qntd.	%
C4 < 75%	4	2,70%	0	0,00%	1	0,68%
C4 ≥ 75%	144	97,30%	148	100,00%	147	99,32%
TOTAL	148	100,00%	148	100,00%	148	100,00%

Fonte: Ferreira, 2020, p. 119

Os mercados não concentrados são os mais populosos, agregam municípios com maior densidade demográfica e apresentam maior oferta de serviços de saúde, o que indica que a desconcentração dos mercados está associada às economias de escala, ao passo que os mercados concentrados não apresentam escala populacional suficiente para viabilizar a formação de uma estrutura de mercado com múltiplas operadoras¹⁴.

Desse modo, percebe-se que o setor de saúde suplementar é caracterizado por alta concentração de mercado, com predomínio de oligopólios regionais. É interessante observar que, na maioria dos mercados relevantes, os líderes de mercado não são as operadoras que detêm os maiores números de beneficiários no setor. Na maioria das vezes, o porte econômico não se converte em poder de mercado.

3.4.1.3 - Concentração vertical

A concorrência entre ofertantes no mesmo nível da cadeia produtiva pode ser influenciada pela concentração econômica entre ofertantes de diversos níveis da cadeia produtiva, a chamada concentração vertical.

Em teoria, a concentração vertical tende a gerar eficiência econômica para o ofertante que a adota, porque reduz os custos de transação entre os níveis da cadeia produtiva. É fácil imaginar a economia alcançada por uma operadora de plano de assistência à saúde que se integra verticalmente a um hospital, porque a operadora reterá para si a margem de lucro que o hospital lhe imporá, além de eliminar as incertezas inerentes a uma negociação.

Na prática, contudo, o que se observa é a falta de evidências empíricas de que a concentração vertical sempre geraria eficiência econômica para o ofertante que a adotasse, especialmente no exemplo dado, uma vez que a construção de um hospital

¹⁴ ANDRADE et al., op. cit., p. 353.



exige elevada imobilização de recursos, o que reduz a liquidez da operadora e, consequentemente, limita sua capacidade de implementar decisões de investimento com mais rapidez¹⁵.

As concentrações verticais trazem quatro preocupações do ponto de vista da concorrência: (i) diminuem o nível de informação dos concorrentes, pois a informação ao mercado naturalmente gerada pelo fato de haver negociações entre integrantes dos diversos níveis da cadeia produtiva é eliminada; (ii) tornam mais difícil a atuação de concorrentes independentes e de potenciais entrantes que necessitam também buscar concentrações verticais ou alianças estratégicas para disputar mercado com o ofertante verticalizado; (iii) tendem a gerar um processo de concentração vertical em cadeia que, especialmente em estruturas de mercado oligopolizadas, deixa poucas opções para os concorrentes independentes atuarem nos diferentes níveis de cadeia produtiva, de modo que a concentração vertical acaba resultando na elevação das barreiras à entrada¹⁶, e iv) tornam mais fácil a implementação de cartéis, porque facilitam o controle dos preços praticados pelos participantes do cartel, contribuindo, dessa forma, para sua estabilidade¹⁷.

Dado que a existência de barreiras à entrada diminui o nível de contestabilidade do mercado, mostra-se especialmente relevante o fato de a concentração vertical elevar as barreiras à entrada.

Como se vê, a concentração vertical gera um potencial efeito positivo, que é a redução dos custos de transação, e potenciais efeitos negativos, destacando-se a elevação das barreiras à entrada, o que gera para o legislador a necessidade de definir se a concentração vertical deve ser permitida e, em caso afirmativo, se devem ser impostos limites à concentração vertical.

O marco regulatório da saúde suplementar contém duas decisões com relação às concentrações verticais: i) tomá-las como um dado no setor, o que se evidencia pelo fato de o plano privado de assistência à saúde ser definido pelo inciso I do artigo 1º da Lei nº 9.656, de 1998, como “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais”; ii) remediá-las com a vedação da exigência de exclusividade na relação entre operadoras de planos de assistência à saúde e prestadores de serviços de saúde, o que se evidencia pelo fato de o inciso III do artigo 18 da Lei nº 9.656, de 1998, dispor que

¹⁵ ALBUQUERQUE, Gustavo Moreira de. *Integração vertical na medicina suplementar: contexto e competências organizacionais* (Dissertação de Mestrado). São Paulo, Universidade de São Paulo, 2006, p. 123.

¹⁶ SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 310.

¹⁷ SCHUARTZ, op. cit., p. 77.



é “expressamente vedado às operadoras, independentemente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional”.

3.4.1.4 - Tendência à consolidação no setor

A concentração de mercado na saúde suplementar é fenômeno com poucas perspectivas de se modificar num futuro próximo. A consolidação de agentes econômicos, tanto no plano horizontal (“fusão” de operadoras, geralmente caracterizadas por assunção de controle societário de uma operadora por outra operadora) quanto no plano vertical (tendência a operadoras integrarem verticalmente suas atividades econômicas, especialmente serviços hospitalares) é uma tendência, não apenas no Brasil, como resultado natural da busca por mais eficiência, alcançada pela escalabilidade e pelo controle de custos e de qualidade dos serviços.

Nas palavras de Mônica Viegas Andrade *et al.*: “Do ponto de vista empírico, observa-se, nas duas últimas décadas, tanto nos países desenvolvidos como nos países em desenvolvimento, elevado grau de dinamismo na estrutura dos mercados de cuidado da saúde e de seguros, com tendência à consolidação horizontal e vertical dos provedores”¹⁸.

3.4.2 - Assimetria de informação

O setor de saúde suplementar é caracterizado por uma profunda assimetria de informação, não só pela ausência de informação completa dos contratantes sobre as opções de produtos existentes e sobre sua substituíbilidade, mas também, e principalmente, pela ausência de informação completa das operadoras sobre o estado de saúde dos potenciais beneficiários no momento da contratação, sobre o comportamento dos beneficiários após a contratação e pela ausência de informação dos beneficiários, quando necessitam de serviços de saúde, quanto ao diagnóstico, ao prognóstico e às opções de tratamento.

Na síntese de Sandro Leal Alves¹⁹:

“O mercado de planos e seguros saúde é notabilizado como sendo um setor em que a presença de informação

¹⁸ ANDRADE *et al.* Estrutura de concorrência no setor de operadoras de planos de saúde no Brasil. Brasília: OPAS; Rio de Janeiro: ANS, 2015, p. 18.

¹⁹ ALVES, Sandro Leal. Fundamentos, regulação e desafios da saúde suplementar no Brasil. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015, p. 70.



assimétrica entre os agentes é bastante significativa e esta falha tem sido a justificativa econômica para a intervenção governamental. A economia da saúde reporta às denominadas assimetrias informacionais a causa de distorções que afetam o mercado de saúde suplementar, de modo que este não opere com o mesmo grau de eficiência que os mercados em concorrência perfeita. Ao menos três problemas resultam da existência de assimetrias de informação entre os participantes desse mercado: risco moral, seleção adversa e a indução de demanda (*overuse* ou *overtreatment*).”

A seleção adversa decorre do desconhecimento da operadora sobre o estado de saúde e, portanto, do perfil de risco do potencial beneficiário. No Brasil, operadoras não podem, em hipótese alguma, promover seleção de risco, por força do artigo 14 da Lei nº 9.656, de 1998. Isso significa que a operadora não pode escolher contratar somente pessoas de perfil de risco baixo. Cabe-lhe aceitar pessoas de todos os perfis de risco.

O que é permitido à operadora é efetuar uma precificação do produto ajustada ao risco contratado. Ocorre que, ao ajuste do preço ao perfil de risco, implica custo de transação considerável, não sendo economicamente viável fazê-lo na contratação de planos individuais ou nas inclusões de novos beneficiários em planos coletivos empresariais ou por adesão com contratos em curso. Mesmo na contratação de planos coletivos, a precificação ajustada ao risco contratado só é economicamente viável para massas significativas de beneficiários.

Isso leva as operadoras a estabelecerem um preço que considere a média do risco dos potenciais beneficiários situados na população-alvo. Esse preço médio pode ser considerado muito atraente para pessoas com perfil de risco alto (doentes crônicos, por exemplo) e pouco atraente para pessoas com perfil de risco baixo (saudáveis), o que estimula, em condições de igual aversão ao risco pelas pessoas, o ingresso nos planos de mais pessoas de perfil de risco alto do que de pessoas de perfil de risco baixo. Daí a seleção adversa.

Para mitigar os efeitos da seleção adversa, a legislação de saúde suplementar permite às operadoras, em certas condições, impor carências e exigir o preenchimento de uma declaração de saúde que pode levar à imposição de cobertura parcial temporária, período de até 24 meses, dentro do qual a operadora pode excluir a cobertura de procedimentos cirúrgicos, leitos de alta tecnologia e procedimentos de alta complexidade diretamente relacionados à doença ou lesão preexistente declarada.



O risco moral, a despeito do nome, não se relaciona a honestidade. Ele significa a tendência de a pessoa utilizar mais os serviços de saúde quando coberta pelo plano privado de assistência à saúde do que utilizaria se tivesse de arcar sozinha com os custos de cada serviço de saúde (*out-of-pocket*).

Para mitigar os efeitos do risco moral, a legislação de saúde suplementar permite às operadoras impor mecanismos de regulação, especialmente os mecanismos de regulação financeiros: coparticipação e franquia, situações em que a operadora compartilha o risco com o beneficiário, que custeia parte de cada serviço de saúde que utiliza, simulando em alguma medida o comportamento *out-of-pocket*.

O problema de agência, dilema de agência ou problema do principal-agente é um fenômeno econômico mais grave. O beneficiário (“principal”) não detém informação sobre seu diagnóstico, prognóstico ou opções de tratamento. Diante da carência de informações, o beneficiário delega ao profissional de saúde (“agente”) a decisão sobre os exames a realizar para efetuar o diagnóstico e sobre os procedimentos a realizar para o tratamento. O profissional de saúde, por diversas razões – até mesmo por ser remunerado por procedimento realizado, que é a hipótese mais comum (*fee-for-service*) – tem incentivos a considerar não apenas os interesses do beneficiário, mas também os seus próprios, na definição dos exames e dos procedimentos a realizar (daí o dilema de agência). Isso pode levar o profissional de saúde à escolha de exames desnecessários e de procedimentos mais custosos do que os necessários.

Para mitigar o problema de agência, a legislação de saúde suplementar permite que as operadoras imponham um específico mecanismo de regulação não financeiro, a exigência de autorização prévia para a realização de consultas, de exames e de procedimentos, podendo a operadora, para decidir se concede a autorização prévia, se valer de um profissional de saúde auditor para verificar a indicação técnica da consulta, exame ou procedimento solicitado pelo profissional de saúde assistente. Havendo divergência entre os profissionais de saúde assistente e auditor, a operadora pode provocar a instauração de uma junta médica ou odontológica, em que um profissional de saúde desempassador definirá se há, ou não, indicação técnica para a consulta, exame ou procedimento solicitado e, portanto, se há, ou não, obrigação de a operadora fornecer a cobertura desejada.

4 - Objeto da Regulação: Plano Privado de Assistência à Saúde

O plano privado de assistência à saúde é definido pelo inciso I do artigo 1º da Lei nº 9.656, de 1998, como “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de





acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor”.

A definição legal é complexa porque a regulação pretendeu abranger modelos de negócios heterogêneos, praticados pelos diferentes agentes econômicos que já atuavam no setor antes do marco regulatório.

O bem ofertado é a garantia da assistência à saúde, que pode se dar de três formas, conforme pactuarem as partes, ou seja, há liberdade contratual para adotar uma, duas ou as três formas: (i) a prestação continuada de serviços pela própria operadora, que mantém uma rede assistencial própria (por exemplo, a operadora mantém um hospital em que seus beneficiários são atendidos); (ii) a cobertura de custos estritamente com prestadores de serviços de saúde integrantes de uma rede “credenciada, contratada ou referenciada” (palavras de mesmo significado, originadas de contextos diferentes: “credenciada” para medicinas de grupo; “contratada” para autogestões e “referenciada” para seguradoras), situação em que a operadora atuará como intermediária, efetuando o “pagamento direto ao prestador por conta e ordem do consumidor”; ou (iii) o reembolso de despesas assistenciais, situação em que o beneficiário buscará o atendimento com o prestador de serviço de saúde não integrante da rede assistencial da operadora e exigirá da operadora o reembolso, de modo similar ao da indenização no contrato de seguro.

Note-se que o bem ofertado não é exatamente o serviço de saúde. É algo mais complexo. Oferta-se a assistência à saúde, o que representa a cobertura, no mínimo, de determinado número de serviços de saúde estabelecido no rol de procedimentos e eventos em saúde, sem limite financeiro. Para prover essa cobertura, o usual é que a operadora oferte uma rede assistencial, o que não apenas viabiliza uma melhor gestão da assistência à saúde, mas principalmente viabiliza o efetivo acesso à cobertura. Na falta de uma rede assistencial, o beneficiário necessitaria desembolsar o preço do serviço de saúde para depois ser ressarcido pela operadora, mecanismo que, além de inconveniente em situações de emergência e urgência, poderia inviabilizar o acesso especialmente diante do preço de serviços de saúde mais complexos, como internações cirúrgicas. Cumpre à operadora estruturar essa rede assistencial, considerando os fluxos de demanda observados em sua carteira para cada serviço ao longo do tempo.

Nos termos da lei, a oferta de cobertura é onerosa, “a preço pré ou pós-estabelecido”. Isso indica que não necessariamente a operadora assumirá o risco da ocorrência do evento em saúde. A legislação de saúde suplementar permite que, em planos coletivos,



ou seja, planos contratados por pessoas jurídicas ou por empresários individuais, o critério de formação do preço seja o de preço pós-estabelecido. Nesses casos, a operadora não assume o risco da ocorrência do evento em saúde. O contratante ajusta com a operadora o acesso a uma rede assistencial com uma correspondente tabela de preços por serviço e, se assim ajustado, por prestador de serviço, cabendo ao contratante o custeio das despesas assistenciais acrescidas de uma taxa de administração devida à operadora, conforme a IN/DIPRO nº 23, de 2009. Naturalmente, o interesse econômico por tal modelagem contratual só se dá por contratantes de significativo porte econômico e população a ser coberta numerosa e de perfil de risco baixo.

Como se percebe, a mínima unidade de efeitos desse contrato é formada por um feixe complexo de possibilidades, que não envolve, necessariamente, a obrigação de pagar – seja ao beneficiário (no caso de reembolso), seja ao prestador de saúde (no caso de redes credenciadas, contratadas ou referenciadas), podendo a operadora prestar diretamente o serviço de saúde (no caso de rede própria) – e também não envolve, necessariamente, a aleatoriedade, ou seja, a assunção de risco (pois nos planos de preço pós-estabelecido o contrato é comutativo).

4.1 - Por que a legislação não se refere simplesmente a “Plano de Saúde”?

Embora se fale, popularmente, em “plano de saúde” e não em plano privado de assistência à saúde, em termos legais, não é possível falar simplesmente em “plano de saúde”, porque essa expressão é empregada para se referir ao planejamento das ações e serviços de saúde dos entes federativos no âmbito do Sistema Único de Saúde pela Lei nº 8.080, de 1990 (Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências), em seu artigo 15, incisos VIII e X, e pela Lei nº 8.142, de 1990 (Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências), em seu artigo 4º, inciso III.

4.2 - Plano Privado de Assistência à Saúde é um contrato?

O plano privado de assistência à saúde não assume, necessariamente, a forma de um contrato. É possível que sua oferta se dê por regulamentos de autogestões, que são operadoras de planos de assistência à saúde que atendem a um público delimitado, conforme disciplinado pela Resolução Normativa (RN) nº 137, de 2006. Esses regulamentos não são considerados contratos, mas negócios jurídicos de caráter normativo (atos-regra).



4.3 - Plano Privado de Assistência à Saúde é uma relação de consumo?

Uma relação jurídica se qualifica como relação de consumo se for travada entre um consumidor e um fornecedor, conforme definido pelos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.078, de 1990 (Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências), o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Conforme este Código, considera-se consumidor a “pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” e considera-se fornecedor a “pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

A caracterização de uma relação jurídica como relação de consumo é relevante porque o consumidor recebe especial proteção jurídica, dado que a defesa do consumidor, além de constituir um direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição da República), é um dos princípios que balizam a ordem econômica (artigo 170, inciso V, da Constituição da República).

Segundo o artigo 35-G da Lei nº 9.656, de 1998, “Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei nº 8.078, de 1990” (isto é, do Código de Defesa do Consumidor). Trata-se de um exemplo de diálogo das fontes sob a forma de diálogo de subsidiariedade, ou seja, é possível que o Código de Defesa do Consumidor se aplique no que for omissa a Lei nº 9.656, de 1998. Todos os contratos que têm por objeto um plano privado de assistência à saúde geram relações de consumo.

Note-se que isso não significa que todo plano deva ser qualificado como relação de consumo ou que o Código de Defesa do Consumidor se aplique subsidiariamente a todas as relações entre beneficiários (as pessoas naturais ou “pessoas físicas”) e operadoras. Como apontado no item 4.3, os planos ofertados por autogestões não configuram contrato. Como nem sequer configuram contrato, essas relações jurídicas não podem ser qualificadas como relações de consumo, de modo que a elas não se aplica o Código de Defesa do Consumidor. A matéria hoje é pacífica, nos termos do verbete nº 608 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (“Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”).

4.4 - Plano Privado de Assistência à Saúde é um tipo de Seguro?

Tendo sido apresentada a operação econômica subjacente ao plano privado de assistência à saúde, indicando que o bem transacionado por ele é a garantia da





assistência à saúde, cumpre examinar se ele tem a natureza jurídica de contrato de seguro e se, com o advento do plano privado de assistência à saúde, existe um seguro saúde.

Há um ponto de contato entre planos privados de assistência à saúde de preço preestabelecido e seguros, que é a aleatoriedade. Embora o leigo possa associar aleatoriedade a sorte, a oferta de planos privados de assistência à saúde com formação de preço preestabelecido e de seguros não se fia na sorte; baseia-se na mensuração do risco, ou seja, estima a frequência de utilização dos eventos cobertos e, ante um custo conhecido para cada evento, calcula-se o custo médio por pessoa, o que permite a precificação da cobertura. Sob a perspectiva de um economista, “as regras estatísticas e atuariais que permitem a existência de um plano de saúde são as mesmas do seguro”²⁰.

Ocorre que não basta a afinidade em termos de precificação para qualificar esses dois contratos. A qualificação dos contratos depende do exame de sua estrutura e de sua função, ou seja, é preciso verificar “os elementos essenciais do tipo contratual na operação econômica realizada pelos contratantes” (estrutura) e, principalmente, a “finalidade econômica e social que pretende atender (causa concreta)”²¹.

O seguro é gênero que comporta duas espécies: o seguro de dano e o seguro de pessoa. Enquanto o seguro de dano se destina a garantir o segurado contra danos que podem se abater sobre seus bens, o seguro de pessoa se destina a “garantir certa quantia ao segurado em virtude de lesão sobre sua personalidade ou de terceiros, desde que demonstrado seu legítimo interesse”²². Ora, nenhuma dessas funções se confunde com a função do plano privado de assistência à saúde, que, como se expôs acima, destina-se a garantir a assistência à saúde, usualmente pela oferta de uma rede assistencial, num arranjo muito mais complexo e abrangente do que o pagamento de uma indenização por um dado sinistro.

Conclui-se que o plano privado de assistência à saúde é um tipo contratual autônomo, não uma espécie do tipo contratual do seguro.

Teria ele suplantado o seguro saúde? Nos campos civilístico e regulatório a legislação é dúbia a respeito da questão e no campo tributário a legislação é clara no sentido da convivência entre os dois tipos contratuais.

²⁰ ALVES, op. cit., p. 42.

²¹ SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. São Paulo: Saraiva. p. 508 - 509.





O seguro é tipo contratual disciplinado nos artigos 757 a 802, que compõem o Capítulo XV (“Do Seguro”) do Título V (“Dos Contratos em Geral”) do Livro I (“Do Direito das Obrigações”) da Parte Especial do Código Civil. O Capítulo XV é composto das Seções I (“Disposições Gerais”), II (“Do Seguro de Dano”) e III (“Do Seguro de Pessoa”). O artigo 802, inserido, portanto, na disciplina do seguro de pessoa, dispõe que “Não se compreende nas disposições desta Seção a garantia do reembolso de despesas hospitalares ou de tratamento médico, nem o custeio das despesas de luto e funeral do segurado”. O dispositivo suscita duas possíveis interpretações quanto à exclusão da “garantia do reembolso de despesas hospitalares ou de tratamento médico”, que seria objeto típico do seguro saúde, da disciplina do seguro de pessoa: a exclusão se dá por não se tratar de seguro, pois a matéria está abrangida pelo plano privado de assistência à saúde; ou a exclusão se dá porque, a despeito de tratar-se de seguro de pessoa, a matéria teria disciplina em lei específica. Note-se a dubiedade: o Código Civil em momento algum reconheceu a existência de seguro saúde e, além disso, excluiu expressamente do alcance da disciplina do seguro de pessoa matéria que se poderia cogitar ser-lhe afim; de outro modo, ao afastar a disciplina da “garantia do reembolso de despesas hospitalares ou de tratamento médico”, afastou-a da seção destinada ao seguro de pessoa, e não do capítulo destinado ao seguro, sem explicitar que a matéria teria disciplina exclusiva em lei própria.

A Lei nº 10.185, de 2001, em seu artigo 2º, dispõe que “Para efeito da Lei no 9.656, de 1998, e da Lei nº 9.961, de 2000, enquadra-se o seguro saúde como plano privado de assistência à saúde e a sociedade seguradora especializada em saúde como operadora de plano de assistência à saúde”. Mais uma vez, tem-se uma disposição dúbia: significaria a absorção do seguro saúde pelo plano privado de assistência à saúde ou, tão somente, a convivência de ambos sob o mesmo arcabouço regulatório?

No campo tributário, a lei é clara no sentido da coexistência do seguro saúde e do plano privado de assistência à saúde, dado que o artigo 22, inciso III, do Decreto nº 6.306, de 2007, que “Regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF” (ou seja, regulamenta a Lei nº 5.143, de 1966), prevê alíquota específica para o seguro saúde, a par da previsão da oferta de planos privados de assistência à saúde na lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 2003, que dispõe sobre as regras gerais do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).

²² SCHREIBER, op. cit., p. 597.



Em doutrina, há quem sustente a coexistência dos dois tipos contratuais sob todos os prismas: civilístico, regulatório e tributário²³. Essa, aliás, é a prática comercial, embora, perante a Agência Nacional de Saúde Suplementar, não haja nenhuma diferença.

4.5 - Estrutura de registro de produto

Para ofertar um plano privado de assistência à saúde, a pessoa jurídica de direito privado necessita primeiro obter uma autorização de funcionamento, o que pressupõe um registro de operadora e um registro de produto. Curiosamente, embora o plano privado de assistência à saúde seja um serviço, é tratado pela Lei nº 9.656, de 1998, e pela regulamentação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, como um “produto”.

O registro de produto encontra algumas balizas na Lei nº 9.656, de 1998, mas sua disciplina está prevista, de forma sistematizada, na Resolução Normativa nº 85, de 2004, principalmente em seus artigos 11 a 14 e 21 a 23 e em seus anexos II e V.

O Anexo II da Resolução Normativa nº 85, de 2004, ao definir os requisitos para o registro de produto, permite visualizar a estrutura básica de um produto:

- (1) nome do produto;
- (2) segmentação assistencial (ambulatorial, hospitalar com ou sem obstetrícia, odontológica, ou combinações dessas segmentações – o mais comum é a oferta de produtos que combinam as segmentações ambulatorial e hospitalar com obstetrícia –, e, ainda, referência – que combina as segmentações ambulatorial e hospitalar com obstetrícia em quarto coletivo, contando, sob a perspectiva da Agência Nacional de Saúde Suplementar, com algumas peculiaridades);
- (3) tipo de contratação (individual/familiar, coletivo empresarial ou coletivo por adesão);
- (4) condições de vínculo do beneficiário, em planos coletivos (com ou sem vínculo empregatício);
- (5) área geográfica de abrangência (nacional, grupo de estados, estadual, grupo de municípios ou municipal);
- (6) área de atuação do produto (enumeração de todos os municípios em que o produto oferece cobertura);
- (7) rede assistencial, sendo especialmente relevante para o registro do produto: (7.1) a indicação dos prestadores de serviços hospitalares; (7.2) a definição do padrão de acomodação em caso de internação hospitalar (quarto individual ou quarto coletivo); (7.3) a definição da natureza da relação entre a operadora e o prestador de serviço

²³ HERLIN, Alexandre. “Seguro saúde: o IOF, o ISSQN e os consumidores”. Cadernos de seguro. Ano XXXV, nº 183. Rio de Janeiro: Funenseg, janeiro/março de 2015, p. 26-30, p. 28.



- hospitalar (se o vínculo entre a operadora e o prestador de serviço hospitalar é por contratualização direta ou indireta, sendo a indireta intermediada por outra operadora, o que é comum, por exemplo, no intercâmbio característico do Sistema Unimed); e (7.4) a amplitude da disponibilidade dos serviços de cada prestador de serviços hospitalares (se a disponibilidade é total ou parcial, ou seja, se foi contratada somente parte dos serviços daquele hospital – por exemplo, pode ser que a operadora não contrate o serviço de urgência e emergência de determinado hospital, contratando somente os serviços de internação eletiva);
- (8) definição sobre se haverá acesso à livre escolha de prestadores de serviços de saúde – ou seja, se haverá previsão contratual do direito a reembolso;
- (9) definição do critério de formação do preço (se o preço é preestabelecido – que é o mais comum, ou seja, o valor da mensalidade é fixo e previamente definido; se o preço é pós-estabelecido, o que a legislação de saúde suplementar só permite para planos coletivos, caso em que o valor a pagar mensalmente variará em função do custo dos serviços utilizados; ou, ainda, se o preço será misto, o que a legislação de saúde suplementar só permite para produtos da segmentação assistencial odontológica);
- (10) definição sobre a aplicação de fatores moderadores – ou seja, de mecanismos de regulação de consumo (para o registro do produto interessa especialmente a imposição de mecanismos de regulação financeiros); e
- (11) indicação da eventual oferta de serviços e de coberturas adicionais.

Muito simplificadamente, um registro de produto apresenta aspectos assistenciais e econômico-financeiros.

Os aspectos assistenciais relacionados ao registro de produto são perpassados pela disciplina do instrumento contratual. Nos termos do inciso II do artigo 4º da Lei nº 9.961, de 2000, compete à Agência Nacional de Saúde Suplementar “estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras”. É com base nessa competência que esta Agência estabelece o conteúdo mínimo dos instrumentos contratuais no Anexo I da Instrução Normativa nº 23, de 2009, da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos (DIPRO). Note-se que, atualmente, a Agência Nacional de Saúde Suplementar não submete a redação de cada instrumento contratual à sua aprovação, concentra-se em determinar o conteúdo mínimo dos instrumentos contratuais. A adequação de instrumentos contratuais ao conteúdo estabelecido pela legislação é objeto de fiscalização, cabendo, se constatada uma infração, a aplicação de sanções.

Finalmente, os aspectos econômico-financeiros relacionados ao registro do produto estão disciplinados da Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) nº 28, de 2000. Os limites deste trabalho não permitem explorar profundamente o tema.



5 - Quem são os reguladores?

O marco regulatório da saúde suplementar foi estabelecido em dois momentos: primeiro, com a edição da Lei nº 9.656, de 1998, e, num segundo momento, com a edição da Lei nº 9.961, de 2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), convém notar que, a rigor, esta Agência foi criada pela Medida Provisória nº 1.928, de 1999, sucedida pela Medida Provisória nº 2.003-1, de 1999, e pela Medida Provisória nº 2.012-2, de 1999, esta convertida na Lei nº 9.961, de 2000.

Quando o marco regulatório começou a ser estabelecido, a assistência à saúde já era ofertada por agentes econômicos privados no Brasil, por dois tipos de contratos: os “planos de saúde” de entidades, como a Amil, a Intermédica e a Unimed, e os seguros saúde de seguradoras, como a Bradesco Seguros, a Sul América Seguros e a Porto Seguro.

Até então, somente os seguros saúde eram sujeitos à regulação, exercida pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), considerando a previsão legal do seguro saúde no marco regulatório do setor de seguros, o Decreto-Lei nº 73, de 1966, em seus artigos 129 a 135.

O objetivo inicial do marco regulatório era deixar claro aos agentes econômicos que toda pessoa jurídica de direito privado que ofertasse assistência à saúde estaria abarcada pela nova regulação. Isso levou a lei a fazer diversas referências casuísticas, dentre elas a referência a “planos e seguros privados de assistência à saúde”, encontrada em poucas passagens da Lei nº 9.656, mais precisamente em sua ementa (“Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde”, no § 5º do artigo 1º, que, visivelmente, não foi revogado por um “cochilo do legislador”, porque reproduz o conteúdo do § 4º do artigo 1º, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001 (“É vedada às pessoas físicas a operação de plano ou seguro privado de assistência à saúde”) e no § 3º do artigo 30 (“Em caso de morte do titular, o direito de permanência é assegurado aos dependentes cobertos pelo plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, nos termos do disposto neste artigo”).

Como se vê, no contexto em que surgiu a Lei nº 9.656, de 1998, fazia sentido destacar que o marco regulatório se impunha tanto aos “planos de saúde” quanto aos seguros saúde, como se se tratassem de tipos contratuais completamente distintos, porque a realidade, até então, era a de que de fato eram tipos contratuais completamente distintos.

O primeiro ente regulador do setor de saúde suplementar foi a Superintendência de Seguros Privados. A ela competia conceder autorizações de funcionamento, contando





com a participação do Ministério da Saúde na definição de aspectos assistenciais. Tratava-se do modelo de “regulação bipartite”, que gerava uma “zona de instabilidade regulatória”²⁴. No contexto daquele modelo de regulação bipartite foi criado um órgão interministerial que teve importante atuação no início da regulação de saúde suplementar, o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), que adotou as primeiras normas do setor conhecidas como Resoluções CONSU, algumas delas vigentes até hoje.

A consolidação do marco regulatório promovida pela Lei nº 9.961, de 2000, ocorreu com o abandono do modelo de regulação bipartite, conferindo-se à Agência Nacional de Saúde Suplementar, na qualidade de autarquia sob o regime especial vinculada ao Ministério da Saúde, a competência para regular o setor de saúde suplementar. A maior parte das competências do Conselho de Saúde Suplementar foi remanejada para a Agência Nacional de Saúde Suplementar. Este Conselho continua a existir, em tese, mas, na prática, é um órgão adormecido.

Compete ao Conselho de Saúde Suplementar, nos termos do artigo 35-A da Lei nº 9.656, de 1998:

Art. 35-A. Fica criado o Conselho de Saúde Suplementar – CONSU, órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, com competência para:

I - estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar;

II - aprovar o contrato de gestão da ANS;

III - supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS;

IV - fixar diretrizes gerais para implementação no setor de saúde suplementar sobre:

a) aspectos econômico-financeiros;

b) normas de contabilidade, atuariais e estatísticas;

c) parâmetros quanto ao capital e ao patrimônio líquido mínimos, bem assim quanto às formas de sua subscrição e realização quando se tratar de sociedade anônima;

d) critérios de constituição de garantias de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, consistentes em bens, móveis ou imóveis, ou fundos especiais ou seguros garantidores;

e) criação de fundo, contratação de seguro garantidor ou outros instrumentos que julgar adequados, com o objetivo de proteger o consumidor de planos privados de assistência à saúde em caso de insolvência de empresas operadoras;

²⁴ CECCHIN *et al*, A história e os desafios da saúde suplementar: 10 anos de regulação. São Paulo: Saraiva, 2008, p.124.



V - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões.

Parágrafo único. A ANS fixará as normas sobre as matérias previstas no inciso IV deste artigo, devendo adequá-las, se necessário, quando houver diretrizes gerais estabelecidas pelo CONSU.

Como se pode notar, o parágrafo único do artigo 35-A viabiliza, subsidiariamente, o exercício pela Agência Nacional de Saúde Suplementar do poder normativo do Conselho de Saúde Suplementar. É o que tem ocorrido na prática, desde a criação desta Agência.

É interessante observar que a figura do contrato de gestão, a que se refere o inciso II do artigo 35-A da Lei nº 9.656, de 1998, foi extinta pela Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (conhecida como “Lei Geral das Agências Reguladoras Federais”).

O passo seguinte à consolidação do marco regulatório foi a edição da Lei nº 10.185, de 2001, que “Dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde e dá outras providências”. Nessa lei, consagrou-se a inteira absorção do tipo contratual do seguro saúde pelo tipo contratual do plano privado de assistência à saúde. Os termos do artigo 2º da referida Lei não deixam dúvida: “Para efeito da Lei nº 9.656, de 1998, e da Lei nº 9.961, de 2000, enquadra-se o seguro saúde como plano privado de assistência à saúde e a sociedade seguradora especializada em saúde como operadora de plano de assistência à saúde”. Não existem “sociedades seguradoras” sob a regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Existem, isso sim, operadoras de plano de assistência à saúde, as quais, pelas suas históricas especificidades, são classificadas em modalidades de atuação distintas. Em outras palavras, o gênero “operadora de plano de assistência à saúde” comporta várias espécies, a saber: seguradoras especializadas em saúde, cooperativas médicas, cooperativas odontológicas, filantropias, autogestões, medicinas de grupo e odontologias de grupo. Sob a ótica do consumidor, não há diferença entre o plano privado de assistência à saúde, fornecido por uma seguradora especializada em saúde e por uma medicina de grupo, por exemplo. Qual, então, a relevância de destacar uma modalidade de atuação específica para as “seguradoras especializadas em saúde”? É que, com a transição dessas sociedades da regulação da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) para a regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, foi definido que elas estariam sujeitas a regras de regulação prudencial mais rigorosas do que as até então previstas para as demais modalidades de atuação de operadoras. É isso que está dito, de forma sutil, no § 5º do artigo 1º da Lei nº 10.185, de 2001: “As sociedades seguradoras especializadas em seguro saúde, nos termos deste artigo, continuarão subordinadas às normas sobre as aplicações dos ativos garantidores das





provisões técnicas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional – CMN”. Vale dizer: embora sob a ótica do consumidor não haja diferença entre seguradoras especializadas em saúde e as demais modalidades de atuação de operadoras, há diferença entre elas sob a ótica do acompanhamento econômico-financeiro estabelecido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, exigindo-se das seguradoras especializadas em saúde mais liquidez de seus ativos garantidores do que se exige das demais modalidades de atuação de operadoras.

Portanto, os reguladores da saúde suplementar são o Conselho de Saúde Suplementar e a Agência Nacional de Saúde Suplementar.

6 - Quem são os entes regulados?

Os planos privados de assistência à saúde só podem ser ofertados por “operadora de plano de assistência à saúde”, conforme a denominação dada pelo artigo 1º, inciso II, da Lei nº 9.656, de 1998, qualificação dada à pessoa jurídica de direito privado que obtenha autorização de funcionamento a ser concedida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, nos termos do artigo 8º da Lei nº 9.656, de 1998.

Para obter autorização de funcionamento para operar plano privado de assistência à saúde, a pessoa jurídica interessada deve atender às exigências previstas na Resolução Normativa (RN) nº 85, de 7 de dezembro de 2004.

O parágrafo único do artigo 1º da Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) nº 39, de 27 de outubro de 2000, define operar plano privado de assistência à saúde como “as atividades de administração, comercialização ou disponibilização dos planos”.

Compete à Agência Nacional de Saúde Suplementar definir “a segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades”, conforme o artigo 4º, inciso X, da Lei nº 9.961, de 2000.

Com base nessa competência, a Agência Nacional de Saúde Suplementar adotou a já citada Resolução de Diretoria Colegiada nº 39, de 2000, que define a classificação em que as operadoras devem ser enquadradas e o tipo de atenção e a segmentação assistencial em que devem ser inseridas.

O artigo 10 da Resolução de Diretoria Colegiada nº 39, de 2000, classifica as operadoras em: (1) administradora; (2) cooperativa médica; (3) cooperativa odontológica; (4) autogestão; (5) medicina de grupo; (6) odontologia de grupo; (7) filantropia.



As administradoras eram definidas pelo artigo 11 da Resolução de Diretoria Colegiada nº 39, de 2000, que veio a ser revogado pela Resolução Normativa nº 196, de 14 de julho de 2009, que disciplina a atuação das Administradoras de Benefícios, classe de entes sujeitos à regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar que não ofertam planos privados de assistência à saúde, concentrando-se na sua administração, assim entendida por esta Agência como a intermediação entre as pessoas jurídicas contratantes de planos coletivos e as operadoras.

O objeto característico das administradoras de benefícios é definido no caput do artigo 2º da Resolução Normativa nº 196, de 2009, constando do parágrafo único atividades que podem ser desenvolvidas por entes não regulados e também por administradoras de benefícios:

“Art. 2º. Considera-se Administradora de Benefícios a pessoa jurídica que propõe a contratação de plano coletivo na condição de estipulante ou que presta serviços para pessoas jurídicas contratantes de planos privados de assistência à saúde coletivos, desenvolvendo ao menos uma das seguintes atividades:

I – promover a reunião de pessoas jurídicas contratantes na forma do artigo 23 da Resolução Normativa nº 195, de 14 de julho de 2009.

II – contratar plano privado de assistência à saúde coletivo, na condição de estipulante, a ser disponibilizado para as pessoas jurídicas legitimadas para contratar;

III – oferecimento de planos para associados das pessoas jurídicas contratantes;

IV – apoio técnico na discussão de aspectos operacionais, tais como:

a) negociação de reajuste;

b) aplicação de mecanismos de regulação pela operadora de plano de saúde; e

c) alteração de rede assistencial.

Parágrafo único. Além das atividades constantes do caput, a Administradora de Benefícios poderá desenvolver outras atividades, tais como:

I - apoio à área de recursos humanos na gestão de benefícios do plano;

II - terceirização de serviços administrativos;

III - movimentação cadastral;

IV - conferência de faturas;

V - cobrança ao beneficiário por delegação; e

VI - consultoria para prospectar o mercado, sugerir desenho de plano, modelo de gestão.”

As cooperativas médicas são definidas pelo artigo 12 da Resolução de Diretoria Colegiada nº 39, de 2000 como “as sociedades de pessoas sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que operam Planos Privados de Assistência à Saúde”.



As cooperativas odontológicas são definidas pelo artigo 13 da Resolução de Diretoria Colegiada nº 39, de 2000, como “as sociedades de pessoas sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que operam exclusivamente Planos Odontológicos”.

As autogestões eram definidas pelo artigo 14 da Resolução de Diretoria Colegiada nº 39, de 2000, que veio a ser revogado pela Resolução Normativa nº 137, de 14 de novembro de 2006, que disciplina a atuação dessas entidades.

O que caracteriza as autogestões é o atendimento de um público restrito, que abrange os sócios, os administradores, os empregados, os aposentados, os pensionistas vinculados ou os que tenham sido vinculados a determinada pessoa jurídica ou a um grupo determinado de pessoas jurídicas (ditas instituidoras, patrocinadoras ou mantenedoras), além de seus grupos familiares (assim entendidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar como pessoas ligadas por parentesco, consanguíneo ou afim, até o terceiro grau), sem finalidade lucrativa.

As filantropias são definidas pelo artigo 17 da Resolução de Diretoria Colegiada nº 39, de 2000, como “as entidades sem fins lucrativos que operam Planos Privados de Assistência à Saúde e tenham obtido o certificado de entidade beneficente de assistência social [...] bem como da declaração de utilidade pública”.

As medicinas de grupo são definidas pelo artigo 15 da Resolução de Diretoria Colegiada nº 39, de 2000, como operadoras que oferecem Planos Privados de Assistência à Saúde e que não possam ser enquadradas nas categorias anteriores.

As odontologias de grupo são definidas pelo artigo 16 da Resolução de Diretoria Colegiada nº 39, de 2000, como operadoras que oferecem Planos Exclusivamente Odontológicos e não possam ser enquadradas nas categorias anteriores.

Existe uma classe de operadoras que não está prevista no rol do artigo 10 da Resolução de Diretoria Colegiada nº 39, de 2000: as seguradoras especializadas em saúde. Essa classe de operadoras surgiu a partir da Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001, que determinou que as seguradoras que desejassem operar plano privado de assistência à saúde deveriam constituir pessoa jurídica com esse objeto exclusivo, a qual passaria a se sujeitar à regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Essas classes de operadoras, criadas em função do modo de constituição de cada pessoa jurídica, podem ser explicadas pelo fato de que cada uma dessas classes foi surgindo desde os anos 1940 e 1950, quando surgiram a Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Brasil e o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos



Industriários, de modo que o surgimento da saúde suplementar no Brasil se deu muito antes da existência do marco regulatório do setor, deparando-se com diversos tipos de atores com peculiares trajetórias de formação²⁵.

²⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: MP, 2006, p. 130.





CONCEITOS APLICADOS NA SAÚDE PARA COMPREENDER URGÊNCIAS E EMERGÊNCIAS

GONZALO VECINA NETO

Gonzalo Vecina Neto

Médico formado pela Faculdade de Medicina de Jundiaí; Mestre em Administração de Empresas – área da Saúde pela EAESP/FGV; Médico do HCFMUSP; Professor assistente da FSP/USP desde 1988. Foi presidente da Anvisa, Secretário municipal de saúde de São Paulo e Superintendente Corporativo do HSL. É autor do livro *Gestão Em Saúde* (2ª edição 2016)



Introdução

A partir de aula ministrada em curso voltado para profissionais da Justiça do Estado do Tocantins, notou-se que, com certa frequência, os profissionais do Direito se deparam com um conjunto de terminologias típicas do ambiente da Medicina. Isso aparece nas mais distintas controvérsias que acabam por estabelecer uma atmosfera única e complexa no ambiente da saúde. Não por acaso, a nomenclatura originária, seja por aspectos clínicos, científicos ou administrativo-econômicos, quando aplicada em peças jurídicas, pode incorrer em risco interpretativo. Isso nasce, essencialmente, da intenção de tornar o conteúdo jurídico, sustentado em bases da ciência aplicada à vida, mais compreensível e universal. Entretanto, dadas as características bastante peculiares do campo médico, seria mais conveniente conferir mais clareza sobre o que efetivamente envolve cada termo. Tal compreensão permite conhecer mais a fundo a estrutura da saúde do Brasil, os conceitos que envolvem a gestão e, assim, conferir mais assertividade em demandas que envolvam casos relacionados à urgência e à emergência. Esse é o objetivo do artigo em curso.

Urgência e Emergência

Emergência em medicina se caracteriza por uma situação clínica na qual existe risco iminente de vida. É uma situação que, na maioria das vezes, é bem caracterizada e deve ser rapidamente enfrentada pelo médico, e, na sua ausência, por profissionais de saúde e/ou por pessoas presentes no momento da ocorrência.

Não prestar assistência leva à caracterização de omissão de socorro. Importante registrar que o ato médico, quando praticado, não se oculta da possibilidade de incorrer em erro médico por: (i) negligência, ou seja, agir sem os devidos cuidados em relação a um procedimento conhecido pelo médico, como, por exemplo, esquecer um instrumento cirúrgico no campo cirúrgico; (ii) imprudência, a saber, quando o médico age sem cautela – ainda que tenha conhecimento dos riscos, mas, mesmo assim, afronta a realidade e dá ocasião ao dano; (iii) imperícia, a prática de ato médico para o qual não está preparado, não domina a técnica e daí decorre dano ao paciente.

Porém, durante o tempo em que o paciente está sob risco de perder a vida, o médico deve buscar afastar as causas que levam a essa situação. Dito de outra forma, a omissão de socorro é a falta mais grave, pois pode determinar a morte do paciente pela inação.

Existem algumas situações de emergência bem clássicas, para exemplificar e materializar o conceito:



- Sangramento externo de grande volume, quando deve ser providenciado o estancamento, se possível. Quando ocorre ferimento abdominal ou torácico por arma ou trauma, esse procedimento pode não ser eficaz e em todos os casos o profissional também tem o dever de evitar se infeccionar com secreções. Sempre é uma situação difícil;
- Fraturas instáveis nas quais podem ocorrer sangramentos por cisalhamento de vasos e lesões em feixes nervosos, quando se deve procurar estabilizar o local da fratura, sempre que possível e com os materiais disponíveis. Os traumas crânioencefálicos são particularmente graves, até mesmo os que envolvem provável lesão raquimedular que deve merecer tentativa de imobilização, com o objetivo de reduzir a probabilidade de piora de lesões e consequências destas;
- Obstruções do fluxo respiratório superior por causas externas, quando devem ser efetuadas manobras para restabelecer a respiração com a possível remoção do obstáculo ou tratamento da causa que ocasionou a obstrução que pode ser por uma reação inflamatória, e as alternativas serão ou medicamentosas ou cirúrgicas;
- Parada cardiorrespiratória. Este é o mais clássico e pode ter muitas causas, como afogamentos, choques elétricos, infarto agudo do miocárdio etc. Nesses casos, deve-se buscar restabelecer o fluxo respiratório e a volta da atividade cardíaca – até mesmo, quando disponível, com eletroestimulação. Atualmente, os dispositivos médicos para essa ação estão disponíveis em muitos locais e são de operação bastante simples; e
- Outras situações, como picadas de animais peçonhentos, envenenamentos, intoxicações, tentativas frustradas de suicídio, queimaduras graves, choque elétrico. São muitas as possibilidades em que se instaura um quadro de emergência médica.
- Essas situações, de imediato, não geram processos judiciais, pois são muito rápidas. Somente as consequências de um socorro não realizado ou onde ocorreu um erro médico por uma das três razões citadas anteriormente vão abrir condições a um processo judicial.

Já urgência médica compõe um quadro mais complexo. Quem determina a urgência é o paciente ou seu acompanhante. Representa uma situação em que um ato médico deverá ser realizado para afastar a probabilidade da ocorrência de dano permanente. O estado de urgência permanece até que o paciente seja visto por um médico que poderá afastar essa condição. Nesses casos, há probabilidade de ocorrência de três dos eventos de



erro médico mencionados anteriormente redundar em posterior ação judicial. Esse risco sempre estará presente.

Também nos casos em que o médico solicita exames subsidiários para realizar o diagnóstico ou prescreve medicamentos ou terapias que podem não estar disponíveis pode-se configurar situação de urgência médica. Por exemplo, se o médico pedir uma ressonância magnética nuclear para confirmar o diagnóstico, pode encaminhar o paciente para diferentes caminhos terapêuticos ou propor um medicamento de alto custo. São casos que podem ser transformados em urgências a serem definidas no ambiente judiciário. Nesses casos, o auxílio do perito médico será fundamental para apoiar a ação do judiciário.

Caracterizadas as duas situações, tema deste trabalho, será necessário discutir como se estrutura o sistema de atenção à urgência no Sistema Único de Saúde (SUS) e como ele se relaciona com os outros segmentos do processo de atenção à saúde.

Conceitos ligados à gestão e planejamento de cuidados

Seja em questões ligadas ao cuidado individual ou de gestão de saúde coletiva e populacional, há alguns conceitos tratados com recorrência em aspectos administrativos ou clínicos, os quais podem ser inseridos no âmbito do Poder Judiciário.

Alguns desses casos a seguir.

Incidência: Trata do número de novos casos que ocorrem em uma dada base populacional num período de tempo. É um importante indicador para entender o impacto de uma doença na comunidade, uma medida utilizada para acompanhar eventos médicos agudos, como enfermidades contagiosas, a qual será multiplicada por um número que permita seja magnificada; geralmente esses indicadores serão chamados de coeficientes.

Prevalência: Considera o número de casos existentes em uma base populacional num determinado espaço de tempo. É mais utilizada para acompanhar a ocorrência de casos de doenças crônicas. Para acompanhar uma doença aguda, de rápida duração, se utiliza de indicadores de incidência ou casos novos ocorridos, e, para doenças crônicas, conta-se o número de casos existentes num período de tempo. As duas medidas não são excludentes, porém muito importantes para acompanhar a ocorrência de doenças.

Resolutividade: É a capacidade de um conjunto de ações e/ou uma estrutura de serviços para resolver determinado problema de saúde. Outros conceitos poderão auxiliar essa análise – eficácia ou capacidade de produzir efeito; eficiência ou



capacidade de, em sendo eficaz, produzir mais resultados com um menor volume de recursos e efetividade – que é a capacidade de uma ação ou conjunto de ações gerarem impacto em uma base populacional. Importante destacar que eficácia e eficiência estão voltadas para ações individuais, e a efetividade para uma base populacional ou para analisar o resultado, o impacto de uma organização. Uma vacina pode ser mais eficaz que outra, ou, em sendo eficaz, poderá ser mais eficiente. Mas somente uma campanha de vacinação poderá ser mais efetiva.

Demanda: É o que as pessoas querem e desejam obter. Esse desejo muitas vezes confunde o acesso a atos médicos e/ou a produtos com obtenção de saúde. Esse fenômeno foi denominado pelo filósofo francês Michel Foucault de medicalização. Tanto pode ser fruto da vontade de pessoas que querem consumir um ato médico para se sentirem melhor, como também pode ser resultado da ação de um médico ao prescrever um medicamento *off label* (não há estudos científicos que justifiquem seu uso) ou propor que um paciente que está fora de possibilidade terapêutica seja internado em uma Unidade de Terapia Intensiva (UTI).

Necessidade: Em contrapartida à definição de demanda, são os atos médicos e/ou produtos que um paciente necessita, baseados em evidências científicas bem estruturadas em documentação. No entanto, esse conceito vem sendo muito estressado nos últimos anos. Cada vez mais ganha relevância a determinação social do que seja necessidade. Uma cirurgia plástica que terá efeito reparador, como no caso de um grande queimado, será sempre uma necessidade. Porém, se for uma cirurgia plástica estética, será uma demanda. Do ponto de vista da saúde mental do paciente, essa demanda poderá, entretanto, ser tão importante que merece ser tratada como necessidade. Tal discussão tem com frequência sido transformada em demandas judiciais e serão sempre de interpretação muito complexa. Na discussão da categorização de situações de urgência médica pode ser uma possibilidade frequente.

Oferta: É o que um prestador de serviço coloca à disposição de seus cidadãos/usuários. A dificuldade aqui será a de determinar se os recursos oferecidos são, ou não, suficientes. Indicadores de oferta e de utilização são muito usados para se tentar mensurar a adequação da relação oferta/demanda/necessidade. Porém, na maioria das vezes não existem indicadores confiáveis. Quantos leitos uma população deve ter à sua disposição para se ter uma relação adequada? Pode-se olhar para séries históricas e para realidades de outras populações que aparentemente estejam em situações melhores; por exemplo, comparar os indicadores nacionais com os de países europeus. Uma discussão frequente é a que envolve a existência de leitos de Unidade de Terapia Intensiva, porque estes têm concentração de tecnologia e pessoal que lhes permite enfrentar situações clínicas mais graves com mais chances de êxito. No Brasil, o Sistema Único de Saúde dispunha, no início da pandemia da Covid-19, de cerca de 7



leitos/100.000 hab., e a iniciativa privada dispunha de 32,8 l/100.000 hab. Na Europa, a Itália dispunha de 12,3 l/100.000 hab., e passou por um desastre sanitário, enquanto a Alemanha, com seus 35 l/100.000 hab., conseguiu atravessar as fases mais difíceis da pandemia. Demanda por leitos de Unidade de Terapia Intensiva em situações de escassez como a vivida pelo Sistema Único de Saúde são muito frequentes.

Conceitos ligados à organização do cuidado e às atribuições dos entes federados

A abordagem, aqui, tem um grande apelo aos temas que envolvem a administração pública e privada do sistema de saúde. Alguns dos termos a seguir são importantes para a compreensão das escolhas de gestores e na definição de estratégias de cuidados.

Hierarquização: No contexto da organização e implementação de uma rede de serviços de saúde, significa organizar redes estruturadas por complexidade do serviço. Assim, a Atenção Primária à Saúde (APS) é o nível de menor complexidade. Importante destacar que esse tipo de serviço não deve ser confundido com um modelo com menor capacidade resolutiva ou com serviços desprovidos de resolutividade. No ato de planejar, o funcionamento da rede deve sempre levar em conta a capacidade resolutiva que se deseja de cada nível hierárquico. Dessa maneira, diz-se que a atenção primária é estruturante da atenção, porque a Atenção Primária à Saúde (APS), com o adequado acesso à tecnologia, deve conseguir resolver cerca de 80% dos problemas de saúde que lhe são demandados. E quando ela consegue realizar este feito, estrutura o restante da rede encaminhando apenas os casos mais complexos para as estruturas seguintes. Um sinônimo de Atenção Primária à Saúde é a atenção básica, mas não é adequado usar essa denominação, pois pode ser entendida como uma rede sem tecnologia – básica – o que não é o caso. No Brasil, esse modelo está presente para 60% da população por meio da Estratégia da Saúde da Família (ESF). São equipes compostas por médico generalista, enfermeira, técnico de enfermagem e Agente Comunitário de Saúde (ACS). As equipes são estruturadas para ter um agente comunitário de saúde para 150 a 200 famílias e cada quatro agentes comunitários de saúde devem trabalhar compondo uma equipe com um médico, uma enfermeira e dois técnicos de enfermagem. Esse módulo atende em torno de 3,5 mil a 4 mil pessoas e tem alta resolutividade, com excelente capacidade de atender às demandas e às necessidades das populações sobre seu cuidado. A atenção primária à saúde responde às lógicas da hierarquização e da regionalização (trataremos a seguir).

Quando a atenção primária à saúde encontra um quadro clínico mais complexo, deve encaminhar o paciente para outros níveis de atenção – o paciente deve ser referido para serviços de mais complexidade. Nas áreas não cobertas com estratégia da saúde da família, a execução de atenção primária à saúde é feita por equipes fixas de médicos e outros profissionais de saúde em Unidades Básicas de Saúde (UBS). Este é o modelo



clássico de Atenção Primária à Saúde, uma unidade física onde os profissionais de saúde aguardam os pacientes, e as consultas são agendadas conforme a hora de chegada. É um modelo estático e de baixa resolutividade, muito burocratizado. Também os profissionais que ali atuam quando necessitam acessar mais tecnologia e/ou especialistas encaminham seus pacientes para os níveis mais complexos da rede de serviços.

A lógica da atenção primária à saúde é que a maioria das necessidades serão resolvidas com pouca e adequada tecnologia, o que permite que a derivação de pacientes para os níveis mais complexos de atenção seja reduzida.

Existem os serviços de atenção secundária representados pelas unidades ambulatoriais, os quais reúnem os especialistas e os exames diagnósticos de maior complexidade. Nesse nível, também operam os hospitais de menor complexidade que atuam nas quatro especialidades básicas: clínica médica, clínica cirúrgica, pediatria e obstetrícia. No caso do Sistema Único de Saúde, os serviços terciários são os de maior complexidade, geralmente hospitais universitários, ou os grandes hospitais filantrópicos de cidades médias e grandes, conhecidos como hospitais regionais e com grande capacidade resolutiva, atendendo a múltiplas especialidades. O processo de referenciamento deve ser acessado por meio de sistemas informatizados e com gestão de filas que devem levar em conta a ordem de chegada e a gravidade do quadro. Isso nem sempre ocorre, e as vagas são sempre em menor número do que a necessidade. Esse é um ponto em que ocorre com grande frequência pacientes se tornarem graves e gerarem urgência médica. Um diagnóstico realizado no momento certo de um câncer gástrico, por exemplo, que demora a ser estadiado (estudado e ter desenhado o tipo de terapia que será realizada) irá fatalmente se transformar em urgência médica. Esse é, portanto, um dos pontos nevrálgicos do arranjo assistencial do Sistema Único de Saúde e que deriva em judicialização – acesso aos níveis mais complexos de atenção muito mal planejados.

Regionalização x Descentralização: O ordenamento jurídico impõe ao Sistema Único de Saúde a diretriz da descentralização, a qual indica que em cada nível de poder deve existir um único gestor da rede de serviços à disposição da população. A inspiração dessa determinação advém da situação pré-constitucional, quando serviços de diferentes agências públicas disputavam a população a ser atendida com evidente desperdício de recursos públicos. Podia existir, então, um serviço federal ligado à antiga autarquia Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), um serviço estadual e outro municipal fazendo as mesmas atividades para uma mesma base populacional. A proposta do ordenamento jurídico que consubstanciou o Sistema Único de Saúde buscou na descentralização a imposição de um comando único para os serviços oferecidos pelo município e outro pelos estados, partindo da premissa de que



os municípios devem oferecer serviços ligados à Atenção Primária à Saúde e os estados os serviços de mais complexidade, ligados aos ambulatorios e aos hospitais, ou seja, serviços de atenção secundária e terciária em termos da complexidade assistencial.

O governo federal somente oferece os serviços prestados pela rede de hospitais universitários, cujos serviços devem ser inseridos nas redes estaduais. O papel federal é o de grande financiador do sistema, responde por cerca de 50% do total dos recursos da saúde e é o indutor de políticas por meio do financiamento.

A questão é que, ao longo do tempo, muitos municípios de médio e grande porte acabaram por criar redes de atenção de maior complexidade ao dar vazão às demandas locais de seus municípios. Portanto, existem redes competindo de novo e se fugiu do preceito do comando único, o que tem gerado conflito e desperdício de recursos. Isso se expressa, por exemplo, em casos de pacientes que agendam nas duas redes e deixam de comparecer ao serviço agendado por último, determinando uma perda de disponibilidade da ordem de 30% a 40%. É crítico que os serviços oferecidos pelo Sistema Único de Saúde passem a ser disponibilizados para a base populacional, ou seja, para uma região demográfica tendo seus serviços estruturados em uma fila única, independentemente de quem seja o dono do serviço.

Propõe-se, portanto, a recuperação do conceito de regionalização quando se defronta com a diretriz da descentralização. Para ilustrar essa situação, vejamos o caso da Região Metropolitana de São Paulo, composta por 39 municípios e quase 20 milhões de habitantes. Cerca de 20% das internações do Município de São Paulo são de não municípios, e a rede hospitalar da cidade é composta por 18 hospitais municipais e cerca de 20 hospitais estaduais que se organizam em duas redes independentes – não existiu uma fila única nem no momento da epidemia, observe-se! A rede deveria ter uma regulação única, independentemente de quem fosse o responsável pelo hospital, e o comando do sistema de acesso (regulação) deveria ser do Estado, suportado por um pacto de governança entre todos os municípios, o Estado e a União, principais agentes financiadores do sistema de atenção. Já está bem estudada a questão das macrorregiões existentes no País, e estas deveriam ser a base da reorganização do processo assistencial.

Serviço de Atenção de Urgência Pré-Hospitalar: Na maioria das cidades brasileiras, trata-se do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU). Está estruturado com base em critérios que deveriam estar sendo respeitados e oferecer, junto com o serviço de resgate operado pela Polícia Militar por meio do Corpo de Bombeiros, um serviço de remoção de pacientes graves de situações de acidentes e/ou urgências e emergências. Deve operar com uma ambulância normal para cada 100 mil habitantes e uma ambulância de Unidade de Terapia Intensiva para cada 400 mil habitantes. A disposição



física da rede de veículos deve ser tal que o deslocamento nas cidades não tarde mais do que 12 minutos para atingir qualquer ponto. Essa é a teoria. Existem muitas variações, como a incorporação de profissionais em motocicletas, helicópteros e, na Amazônia, lanchas. A ideia do serviço é muito boa, mas as realidades locais são muito díspares. Aqui, normalmente, não existe judicialização. Somente ocorrem eventos de judicialização quando o paciente está estabilizado e necessita de remoção para complementar um tratamento. Esse tipo de transporte – remoções sem a caracterização de urgência ou emergência – tem muita demanda e resolução difícil.

Pronto-Socorro Hospitalar: Esse serviço é o componente mais frequente da rede de atenção médica de urgência e emergência. Está dentro da estrutura de atenção secundária em termos de complexidade, e voltado para o atendimento de casos mais graves, de acordo com a sua especialização, que, em grande medida, depende da capacidade resolutiva do hospital onde está inserido. Conta sempre com corpo clínico dedicado em plantão permanente.

Pronto-Socorro Isolado: Unidades para realizar esse atendimento fora de um hospital. Depois do aparecimento das Unidades de Pronto Atendimento (UPAs), aquelas perderam sua razão de ser e/ou foram transformadas em Unidades de Pronto Atendimento. Eram unidades com capacidade de atender a casos graves em espaços urbanos sem hospitais e estabilizavam pacientes graves possibilitando o transporte para hospitais mais centrais.

UPA ou Unidade de Pronto Atendimento: Unidade isolada que deve responder pelo atendimento de urgências e emergências médicas onde não existem hospitais e ser a responsável por estabilizar casos graves para, assim, possibilitar a remoção do paciente para centros hospitalares mais resolutivos. Onde existe um núcleo urbano que justifique o estabelecimento de uma equipe de profissionais de saúde em regime de plantão permanente deve ser instalada uma Unidade de Pronto Atendimento, que é de alto custo relativo. Em muitos locais essas unidades foram criadas para resolver a questão do atendimento da demanda, o que significou criar portas de entrada que não resolvem as necessidades da população e têm um alto custo. O atendimento da demanda deve ser uma tarefa primordial da Atenção Primária à Saúde, pois não são casos graves. As Unidades de Pronto Atendimento 24 horas deveriam somente ficar limitadas a regiões urbanas mais isoladas. E se deveria contar com uma rede adequada de atendimento de urgências via Serviço de Atendimento Móvel de Urgência. Esse tipo de unidade criou uma estrutura entre a Atenção Primária à Saúde e a rede secundária, resultando em uma dupla oferta de serviços: o da Atenção Primária à Saúde e o da Unidade de Pronto Atendimento para atender a demanda sem resolutividade e com um custo alto. A readequação desse problema exigiria o fechamento de unidades e a qualificação da



Atenção Primária à Saúde, um movimento bem difícil. Situação semelhante será notada adiante com os hospitais de pequeno porte.

Regulação Assistencial: Conjunto de atividades desenvolvidas pelo Sistema Único de Saúde para garantir a resolução de casos que devem ser resolvidos em níveis de complexidade mais adequados aos diversos quadros clínicos apresentados. Assim, o total de serviços ofertados em uma região deve compor uma agenda e esta ser disponibilizada às redes que a compõem. E, de acordo com a demanda e outras regras, essas vagas serão ocupadas pelos pacientes dos serviços de acordo com a indicação dos médicos. Note que se a região é composta por um conjunto de municípios, o total da oferta que é representada pelos serviços oferecidos pelo Estado e pelos próprios municípios deve ser objeto de rateio entre as unidades. E o agendamento deve ser coordenado por uma autoridade que seja reconhecida por todos. A regulação é certamente uma das funções do Sistema Único de Saúde que estão mais mal articuladas em todo o País. As causas são múltiplas e com certeza grande parte da judicialização de acesso a serviços poderia ser resolvida e ser bem diminuída caso se conseguisse melhorá-la.

Atenção Secundária e Terciária: Aqui se trata da atenção ambulatorial e da atenção hospitalar. Com relação à rede hospitalar, o Brasil dispõe hoje de cerca de 7 mil hospitais, sendo cerca de 40% hospitais estatais (da administração direta e indireta e/ou geridos por Organizações Sociais ou a partir de Parceria Público Privada), cerca de 35% hospitais privados com finalidade lucrativa (uma parte dos quais prestam serviços ao Sistema Único de Saúde) e cerca de 25% são hospitais privados sem finalidade lucrativa. Essa rede hospitalar oferece cerca de 440 mil leitos hospitalares, algo em torno de 2,3 l/1.000 habitantes, que é um indicador razoável. Porém, cerca de 60% dos hospitais são de pequeno porte (menos de 50 leitos) e com baixa capacidade resolutiva. Boa parte deles não tem Unidade de Terapia Intensiva e oferece pouca tecnologia assistencial. Deveriam ser fechados, pois custam muito, ou serem destinados para cuidados paliativos ou outra função dentro da rede assistencial.

Avaliação e Incorporação de Tecnologia em Saúde

Com certeza grande parte da demanda ao Judiciário diz respeito à incorporação de tecnologia e, durante esse processo, parte dos problemas daí decorrentes é representada pela possibilidade de se instaurarem quadros de urgência decorrentes da demora no atendimento de eventuais necessidades.

Na incorporação de tecnologia muito se fala da utilização da medicina baseada em evidências. Trata-se de uma metodologia que sistematiza o processo de análise de um



novo conhecimento ou produto e cria uma hierarquia para a decisão. De maneira simples, essa hierarquia tem seis níveis:

1. A mais simples das evidências é representada pelos estudos *in vitro* ou em laboratório; no mesmo nível estão os estudos com animais e as opiniões dos especialistas;
2. A seguir, as evidências baseadas em relatos de casos clínicos ou mesmo de série de casos com alguma sistematização;
3. Estudos de caso/controle: estudos em que se isola uma situação que se quer estudar e se acompanha com uma população que não está submetida à condição em estudo e se observam os resultados nas duas populações após decorrido um tempo previsto no protocolo da pesquisa;
4. Estudos de coorte: nesse caso se acompanha uma população durante um tempo e verificam-se as alterações ocorridas ao longo do tempo em termos de situações em estudo. Nesse caso será um estudo prospectivo, mas também se podem desenhar coortes retrospectivas, sempre que se disponha de bons bancos de dados;
5. Ensaios clínicos randomizados: aqui se escolhe uma amostra e se randomiza ao azar os pacientes que receberão um medicamento e os que receberão um placebo. Para diminuir a chance de viés, também se deve “cegar” os pacientes (não saberão quem recebe o medicamento e quem recebe placebo), e os profissionais de saúde diretamente envolvidos com os pacientes (também não devem saber quem recebe o quê). São estudos randomizados duplo cego. Esses estudos são o “padrão ouro” das evidências clínicas;
6. Revisões sistemáticas: esses estudos compõem revisões de artigos publicados com seus respectivos resultados. Devem-se buscar estudos semelhantes; reunir o número de pacientes com desfechos semelhantes, criando grandes grupos de pacientes de diferentes pesquisas; e somar os resultados, criando um novo resultado. Essas revisões fortalecem resultados de pesquisas isoladas com grupos menores de pacientes. Tais resultados têm grande impacto na conformação de evidências, pois passam a compor grandes grupos de pacientes.

A incorporação de tecnologia no País se realiza de forma distinta no Sistema Único de Saúde e na iniciativa privada. No campo privado, a análise das tecnologias praticamente não sofria análise até os dias presentes. De dois em dois anos, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) promovia a incorporação automática no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, popularmente conhecido como “rol de cobertura”.



Os procedimentos de todas as tecnologias que fossem cadastradas na agência eram incorporados. Desde 2019, tem-se iniciado um processo de análise de tecnologias para decidir sobre sua incorporação e, portanto, oferta a partir dos planos de saúde.

No Sistema Único de Saúde, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC) recebe as demandas de incorporação. Ligada ao ministro da saúde, a comissão convoca especialistas, promove debates e audiências públicas para decidir sobre a incorporação, ou não, de determinada tecnologia. Porém, a implementação depende da decisão da estrutura de poder do Ministério e da capacidade orçamentária, embora o comitê não participe da negociação de preços e outras condições para a incorporação da tecnologia.

De fato, o que ocorre na prática é que se tem um sistema de incorporação de tecnologia para “pobre” e outro para “ricos”. No Sistema Único de Saúde, por mais eficazes que sejam as tecnologias, estas acabam não sendo incorporadas por decisões da estrutura de poder do Ministério. Em grande medida, a decisão é resumida a ter, ou não, disponibilidade de orçamento.

Apesar dessa constatação, existe um exemplo de incorporação de tecnologia no País que é um caso de sucesso: o tratamento da AIDS. Esta incorporou todos os medicamentos lançados desde que o programa foi instituído com muita celeridade, e os desafios orçamentários foram enfrentados de maneira bastante criativa – produção local, licenciamento compulsório de patentes, agressivas negociações de preços etc.

Esse sucesso foi fruto de dois importantes vetores que se conjugaram ao longo do tempo. O primeiro foi representado pela presença da sociedade civil estruturada em Organizações Não Governamentais (ONGs) que sempre se fizeram representar e ouvir. Representavam os pacientes e seus parentes. Outro vetor foi a estrutura representada pelos médicos que tratavam os pacientes e que o Ministério soube estruturar em uma comissão para analisar e decidir sobre a incorporação de tecnologias para tratá-los. Essa estrutura conseguiu a façanha de ser suficientemente representativa para construir sólidos consensos sobre os melhores tratamentos, e a partir desses consensos ajudar os decisores a realizar as negociações de incorporação. Em casos de AIDS praticamente não existe judicialização.

É necessário rever o processo de incorporação de tecnologia no País e, nesse sentido, cabe olhar o Sistema de Saúde Britânico (o NHS, sigla em inglês), no qual a constituição do Sistema Único de Saúde se baseou. Na Inglaterra, foi criada uma agência independente, com corpo de gestores estáveis, responsável pelo recebimento das solicitações de incorporação de tecnologia, por analisá-las e, em decidindo sobre sua incorporação, participar decisivamente da definição de preços e condições de



incorporação dos produtos. Ela se chama *National Institute for Health and Clinical Excellence* (NICE).

Atua com base em um rígido conjunto de princípios que são os responsáveis pelo seu sucesso e sempre é citada como um exemplo em todo o mundo. São seis princípios:

1. Decisão baseada em evidências que devem ser fortes e já registradas na literatura disponível;
2. Especialistas independentes. São pareceristas que opinam livres de conflitos de interesses sobre as tecnologias que são convidados a analisar;
3. Envolvimento da sociedade: nos comitês decisórios é obrigatória a participação de pelo menos dois representantes de cidadãos;
4. Independência e transparência nas decisões, que sempre podem ser auditadas e verificadas;
5. Revisão: periodicamente, as decisões podem ser revisadas. Se mudar o conhecimento, deve mudar a decisão; e
6. Desenvolvimento metodológico contínuo, buscando incorporar novas formas de analisar o processo de incorporação de tecnologia em saúde.

O *National Institute for Health and Clinical Excellence* é um excelente modelo e deveria ser copiado. Com certeza existe, além do organismo, uma estrutura jurídica que permita que o Judiciário acompanhe as decisões dele emanadas, e a sociedade se sinta atendida em suas demandas, de forma que o Judiciário só será provocado em condições excepcionais.

Neste momento no Brasil, enquanto não se tem uma estrutura melhor para decidir sobre a incorporação de tecnologias, procura-se montar estruturas de apoio ao processo decisório da Justiça, a partir da constituição de núcleos de análise e suporte à decisão de incorporar, ou não, uma tecnologia.

Conclusão

A questão da urgência e da emergência em saúde pública no Brasil está, como em todo o mundo, emaranhada no processo assistencial. Basicamente se tratou aqui da situação referente ao modelo assistencial do Sistema Único de Saúde, que é muito mais



complexo que o modelo privado.

No regime privado, essas questões são menos complexas dado o modelo predominante de acesso a serviços assistenciais, baseado em uma quase completa ausência de sistemas de administração de demandas. Porém, começam a aparecer planos de saúde verticalizados em que as demandas passam por filtros desenhados a partir de protocolos de acesso.

Mas, com certeza, se têm duas lições a fazer: readequar a capacidade assistencial do Sistema Único de Saúde, repensando o modelo de oferta de Atenção Primária à Saúde e de hospitais; e propor uma estrutura única de decisão de incorporação de tecnologia para todos os brasileiros.





JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL NA SAÚDE¹

ELIVAL DA SILVA RAMOS

Elival da Silva Ramos

Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre, Doutor e Livre-Docente pela USP. Procurador do Estado de São Paulo aposentado e ex-Procurador Geral do Estado de São Paulo. Superintendente Jurídico da Reitoria da USP. Procurador Chefe da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP. Advogado e parecerista especializado.

¹ O texto-base deste artigo corresponde à palestra proferida no IX Congresso Jurídico de Saúde Suplementar realizado em Brasília, nos dias 15 e 16 de agosto de 2019, pelo Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS).





O tema que pretendo tratar é o da judicialização da saúde e, para situar o problema, cumpre indagar: Em que consiste essa judicialização?

Fala-se muito em judicialização, como também em ativismo judicial e, frequentemente, essas duas categorias são confundidas.

Portanto, o primeiro aspecto a salientar, já que o meu papel é trazer o olhar acadêmico a essa questão, é que *Judicialização* é uma coisa e *ativismo judicial* é outra, os temas diferentes. Há conexões entre as duas categorias, mas não são exatamente expressões sinônimas.

Temos dois usos para essa expressão *judicialização*. Há um uso neutro, que seria a provocação do Poder Judiciário para a solução de controvérsias. É comum se dizer, por exemplo, na área contratual, na hipótese de um contrato não ser cumprido por uma das partes, que a outra parte vai “judicializar” a questão. Usa-se essa expressão, porque significa que vai ser proposta ação judicial. Esse é um uso neutro, pois não há aqui nenhuma apreciação crítica, positiva ou negativa. Judicializar, nesse sentido, é provocar o Poder Judiciário.

Há também há uma visão negativa da judicialização, que decorre da constatação de que em algumas matérias ou áreas há excesso de ações judiciais. Chega-se à conclusão de que há excesso, comparando-se com o volume de ações propostas, tendo por objeto essa determinada matéria com a média de ações propostas por assunto, ou seja, comparando-se com a quantidade de ações propostas a respeito de outras questões.

Por que, nesse sentido, a judicialização é um fenômeno negativo? É porque o excesso de judicialização acarreta o congestionamento da máquina judicial, com a demora maior nos processos, levando, muitas vezes, a soluções mais padronizadas e menos satisfatórias.

Diante desse uso negativo da expressão, pode-se perguntar: Existe judicialização em matéria de saúde no Brasil? A resposta é seguramente *afirmativa*.

Vejamos alguns dados não muito recentes a respeito do tema, mas que revelam uma tendência que se manteve inalterada. As demandas de saúde cresceram 130%, entre 2008 e 2017, ao passo que os processos em geral aumentaram 50%, no mesmo período. Esses dados foram extraídos de matéria publicada no jornal “Folha de São Paulo”, de autoria da jornalista especializada em saúde, Cláudia Collucci.

Em suma, há um crescimento maior das demandas de saúde se comparadas ao restante dos processos. Os gastos do Ministério da Saúde com o cumprimento de decisões judiciais, de outra parte, aumentaram 1.205%, entre 2010 e 2016. Esse é outro





indicativo de que há uma explosão de ações judiciais nessa área.

Especificamente no tocante à saúde suplementar, as ações relativas a planos de saúde no Tribunal de Justiça de São Paulo cresceram 329%, entre 2011 e 2017, segundo o Observatório de Saúde Suplementar da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP).

Entre 2011 e 2017, o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu 70.666 decisões envolvendo causas relativas aos planos de saúde, e 53.553 envolvendo causas relativas ao Sistema Único de Saúde (saúde pública), de acordo com dados do Observatório de Saúde Suplementar.

O que se nota, pois, é que a judicialização, pelo menos no Tribunal de Justiça de São Paulo, é maior na saúde suplementar do que na saúde pública – Sistema Único de Saúde –, constatação esta interessante, porque, intuitivamente, se poderia imaginar o contrário.

E o ativismo judicial? O ativismo judicial é outro fenômeno. Não diz respeito, simplesmente, a um excesso de processos. Pode haver ativismo judicial com processos pouco numerosos ou, ao contrário, com muitos processos. É claro que as consequências negativas do ativismo serão maiores se for praticado em volume maior de processos. Contudo, pode haver judicialização em certa matéria sem que o Judiciário seja ativista. Ou seja, os juízes continuam decidindo dentro dos cânones impostos pela Dogmática Jurídica, muito embora haja um volume excessivo de processos por causas variadas.

O ativismo, ao menos no Brasil, reportando-me ao trabalho doutrinário que escrevi sobre o assunto², tem sentido negativo, porque significa, sinteticamente, a ultrapassagem dos limites constitucionais da jurisdição pelo juiz. O uso da metodologia comparatística nos permite observar que o ativismo não é visto como um fenômeno negativo em todos os sistemas jurídicos, à guisa de variações conceituais, em consonância com as características estruturantes de cada ordenamento.

A caracterização do fenômeno do ativismo judicial em sistemas similares ao brasileiro é simples apenas aparentemente, pois é complexa, envolve um dos princípios basilares do constitucionalismo, qual seja: o da separação dos Poderes. À medida que a Constituição, como é o caso da nossa Carta, de 1988, acolhe o princípio da separação dos Poderes, é preciso conviver com a lógica do princípio, que, dentre outros aspectos, importa em *especialização funcional*. Não discorrerei sobre a separação de Poderes,

² *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.



mas, inquestionavelmente, um dos aspectos centrais na teoria da separação dos Poderes é o da especialização funcional. Ou seja, um Poder legisla; outro Poder, dito Poder Executivo, atua administrativamente, prestando serviços públicos ou exercendo o poder de polícia; e, finalmente, outro Poder julga as questões controvertidas, resolvendo as demandas de maneira definitiva, por meio do instituto da coisa julgada, sendo essa a função do Poder Judiciário.

O poder que legisla está adstrito a alguma coisa, pois não faz isso no vazio, está jungido à Constituição. Aliás, mesmo quando o Congresso Nacional age na condição de Poder Constituinte de reforma, também aí é um Poder limitado, em função das cláusulas pétreas, que impõem limites à revisão da Constituição. Em consonância com o princípio do Estado de Direito, os Poderes são sempre limitados, já que não há Poder instituído que seja soberano. Quem é soberano é o Estado, no seu todo. Cada Poder tem a sua autonomia, porém, sempre sujeito a limites, até mesmo o Poder Judiciário, evidentemente.

É certo que o limite para o Legislativo é um, enquanto que os limites para o Judiciário e para o Executivo são outros. São limites diferentes, mas sempre existem limites. No caso do Legislativo, os limites são menores, é bem de ver, porque o legislador tem a chamada liberdade de conformação, podendo desenhar as normas jurídicas, desde que não se sobreponham à Constituição.

No caso do Executivo e do Judiciário, que são Poderes de execução, os limites são mais estreitos, pois a eles cabe executar a lei. Alguém dirá, *bem, mas a lei pode ser interpretada, há sempre variantes exegeticas*. Certo, existe sempre alguma discricionariedade, mas esta não é arbítrio e nós temos limite mesmo no caso de uso de competência discricionária.

Desse modo, é possível interpretar com alguma discricção, mas para isso existe método e, assim sendo, é o método de interpretação que limita. Não se pode interpretar um texto de maneira a divisar conteúdos que ele, de forma absolutamente segura, não agasalha. Portanto, o ativismo é aqui situado como uma disfunção. É o juiz, deixando de julgar, de aplicar contenciosamente o direito posto, para fazer outra coisa. Às vezes ele administra ou às vezes ele legisla, algo que, infelizmente, tornou-se muito frequente entre nós, especialmente nos últimos quinze anos.

Aos poucos, o Poder Judiciário está se conscientizando de que esse é um problema até mesmo para si próprio, seja em função da crítica acadêmica, seja pela repercussão de decisões na mídia. A propósito da judicialização da saúde, pode ser lembrado o papel vanguardeiro do Superior Tribunal de Justiça, ao criar o Fórum Nacional de Saúde, objetivando a discussão ampla e sistematizada da matéria.



Atualmente, o próprio presidente do Supremo Tribunal Federal, o ministro Dias Toffoli, tem feito advertências em relação ao mal que representa a ultrapassagem dos limites funcionais pelo Poder Judiciário, o que é algo bastante alvissareiro.

Enfim, é preciso avançar, lançando a afirmação de que o ativismo judicial tem várias causas, sem que se possa, nos limites desse trabalho, examinar detidamente cada uma delas. Uma das causas mais frequentemente invocadas, por exemplo, é a de natureza institucional, concernente ao mau funcionamento dos demais Poderes.

Aliás, em todos os eventos científicos dos quais participo, em que haja representantes do Poder Judiciário, jamais os vi negarem a existência do fenômeno do ativismo. O que há é a tentativa de justificação da prática, alegando se é certo que o Poder Judiciário foi além do permitido pela Constituição ou pela metodologia hermenêutica, e isso ocorreu porque o Poder Legislativo não fez o que se esperava dele.

Seria o caso de se invocar a metáfora do jogo de futebol sofrível, em que nenhum dos dois times consegue fazer gol, dada a baixa qualidade dos jogadores, levando o juiz a assumir, indevidamente, também esse papel, vale dizer, jogando o jogo que não está sendo bem jogado pelos que foram, segundo as regras fundantes do esporte, incumbidos de fazê-lo.

Se o Legislativo não funciona bem, a solução é fazer com que funcione, fazendo um esforço para compreender as razões dessa atuação insatisfatória. No Brasil, não é difícil perceber as causas da anemia deliberativa do Poder Legislativo, diretamente relacionada à atomização do sistema partidário. Enquanto não for equacionado o problema da fragmentação da representação partidária no Parlamento brasileiro, o Legislativo legislará a destempo e de forma insatisfatória. Logo, não cabe ao Poder Judiciário resolver as demandas legislativas não atendidas, até porque ele não tem condição de fazê-lo, dadas as suas próprias limitações estruturais. A solução está em fazer o Legislativo funcionar direito.

Outra causa, é a própria intensificação do controle abstrato de normas, que trouxe para o Judiciário a sensação de que ele está mais perto da atividade legislativa. Aliás, o próprio Kelsen, no seu trabalho clássico sobre jurisdição constitucional, já fazia essa aproximação. Ao procurar identificar a natureza do controle de constitucionalidade ou da jurisdição constitucional, na linguagem kelseniana, fez uso da imagem do legislador negativo, ou seja, o juiz constitucional anula o que o legislador faz, mas no plano abstrato.

Não gosto muito dessa equiparação do controle abstrato à função legislativa. Parece-me que Kelsen, nessa passagem, estava procurando legitimar o Tribunal constitucional e,



para isso, usou a estratégia de aproximá-lo do Legislativo, demonstrando, assim, que a novidade não era tão ameaçadora à tradição dos sistemas jurídicos europeus, pois se tratava do exercício da legislação, muito embora na forma negativa. A bem de ver, a jurisdição constitucional, mesmo no plano abstrato, importa na aplicação da lei e, portanto, sujeita-se aos limites impostos à jurisdição comum, embora sem decidir casos concretos. Logo, o controle abstrato de normas é perfeitamente harmônico com a separação de Poderes, como os autores normalmente reconhecem.

Há causas filosófico-políticas que também impulsionam o ativismo. A própria concepção de Estado intervencionista pode ser aqui mencionada. Como ensina Cappelletti, em sua obra clássica, *Juízes Legisladores?*, o *welfar estate* exige um Executivo pujante e um Legislativo forte para controlá-lo politicamente. Ora, por consequência, no Estado intervencionista, o Judiciário tem de ser forte também, para exercer o controle jurídico dos outros dois Poderes.

Por conseguinte, há questões ligadas ao modelo de Estado e existe a questão da representação política, pois a fragilidade da representação política, mesmo nos sistemas estrangeiros tem redundado em mais intenso ativismo judicial.

Porém, no âmbito das causas político-filosóficas, merecem destaque, no Brasil, as causas teóricas, ou seja, a maneira pela qual se encara o Direito. Esse assunto está situado no plano da Teoria Geral do Direito, aplicada ao Direito Constitucional, em que desponta o chamado “neoconstitucionalismo”.

O neoconstitucionalismo, ao menos no Brasil, consiste em um apanhado de tendências, não constituindo uma “Escola” propriamente dita, porque não possui metodologia ou substrato teórico para isso, não contando com a indispensável objetividade científica. O professor Miguel Reale, nosso saudoso jusfilósofo, diria que se cuida aqui de mera tendência ou modismo doutrinário, que, como o vento, se dissipa com a mesma velocidade com que aparece.

Sucedo que, em nosso País, o sopro neoconstitucionalista surgiu muito forte e tem perdurado. Se atentarmos para as várias posições teóricas sobre o direito, que são o pragmatismo (ou realismo), o moralismo e o positivismo jurídicos, claramente o neoconstitucionalismo se associa ao moralismo jurídico e a toda a sua problemática. Isso se reflete em outra tendência moderna, que é a principiologização do Direito Constitucional.

O Direito Constitucional passa por um período em que a impressão que se tem é a de que na Constituição não há regras, só princípios. E mesmo regras inequívocas, ontologicamente bem definidas, acabam sendo convoladas em princípios. Qual é a



razão disso? Respondo que isso é feito porque, ao se transformar uma regra objetiva em um princípio, ganha o Judiciário mais liberdade de movimentação.

O magistrado ativista vê na relativização do caráter objetivo da regra, transformada em princípio, um instrumento poderoso para decidir o que bem entender, pautado, não por padrões de objetividade jurídica, e sim por sua própria ética pessoal. Essa é a grande questão que envolve o tema do neoconstitucionalismo.

Bem, não há espaço aqui para se fazer uma análise exaustiva e decomposta, mas, mesmo assim, é possível afirmar que a principal causa do ativismo judicial em matéria de direito à saúde radica-se no neoconstitucionalismo. Em outros temas, podem ser identificadas outras causas como sendo as mais importantes. No plano dos costumes, em que, por exemplo, temos a questão da união estável, seja hétero ou homoafetiva, quando há ativismo, está ele mais diretamente relacionado ao inadequado funcionamento do Poder Legislativo.

Entretanto, no que concerne ao ativismo na saúde, a meu ver, há, claramente, a preponderância do fator “neoconstitucionalismo”, o que pode ser demonstrado por meio de alguns *standards* da jurisprudência ativista em matéria de saúde. Não estou dizendo da jurisprudência em geral, mas da jurisprudência ativista.

Em primeiro lugar, começa-se atribuindo eficácia plena às normas definidoras de direitos fundamentais. A Constituição, no artigo 5º, § 1º, diz, de fato, que as normas definidoras de direitos fundamentais têm eficácia plena. No entanto, é evidente que esse dispositivo deve ser interpretado, tanto em relação ao elemento genético, quanto em relação ao elemento sistemático. É certo que existem normas definidoras de direitos fundamentais de eficácia plena na Constituição; porém, há outras tantas normas agasalhadoras dessas franquias que são de eficácia limitada, algo que pode ser facilmente demonstrado. Vamos comparar, por exemplo, um dispositivo em que se diz que será feita alguma coisa, “na forma da lei”, com outro que diz que é para imediatamente fazer algo.

Tomemos a norma segundo a qual conceder-se *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção (art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal). E, agora, comparemos com a norma do artigo 7º, inciso XI, que prevê a participação dos empregados no lucro (resultados) ou gestão das empresas, “conforme definido em lei”. A lei disporá sobre isso. Se não houver lei, não haverá participação possível. Então, uma norma é de eficácia limitada; a outra, de eficácia plena. Essa diferença normativo-estrutural no plano da eficácia jurídica está presente na própria gênese da Constituição, não sendo algo meramente opinativo.



Bem, no universo das normas de eficácia limitada, há de se fazer uma decomposição em duas categorias. Quando a questão eficaz é simplesmente jurídica, a implementação da norma pode ser buscada de imediato por meio do mandado de injunção. É interessante como o dispositivo-matriz do mandado de injunção é muito invocado e pouco lido. Nele está dito que se concederá mandado de injunção “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais”. Portanto, o pressuposto da injunção é a *ausência de norma*, uma questão eminentemente jurídica. Na falta de uma lei que discipline o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, basta que, no caso, o Supremo Tribunal Federal, em um caso concreto, conceda a injunção e elabore a regra para aquela situação. É possível fazer isso, pois a Constituição prevê. Se isso é bom, ou não, não está em discussão. O certo é que a Constituição prevê expressamente esse mecanismo, o que afasta a hipótese de ativismo judicial.

Mas se deve atentar para o pressuposto, que é a falta de norma. Quando a falta não é de norma, mas da execução de política pública, de investimentos, de recursos orçamentários, de construção de equipamentos públicos, é óbvio que isso não se resolve por meio de mandado de injunção ou de qualquer outra ação judicial.

De volta ao citado § 1º do artigo 5º da Constituição, há de se compreender que o seu sentido é o de que, *sempre que possível*, deve-se atribuir eficácia plena às normas definidoras de direitos fundamentais. O que é impossível não se faz, já diziam os romanos.

Ora, a jurisprudência ativista em matéria de saúde concebe o direito à saúde como se fosse um direito público subjetivo originário. Vale dizer, cuidar-se-ia de direito subjetivo calcado diretamente na Constituição, sem necessidade de lei para sua fruição. Todavia, não é isso que decorre da estrutura da norma do próprio artigo 196, que o consagra.

Não há norma mais clara na Constituição, no tocante ao enquadramento como norma programática. Está dito, inicialmente que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Muitos magistrados colocam em seguida um ponto final, que é inexistente. O que temos é uma vírgula, para se dizer que esse direito *in fieri* é concretizado ou “garantido mediante políticas sociais e econômicas”, ou seja, mediante políticas públicas. Logo, trata-se de norma de eficácia limitada, de natureza programática. O direito à saúde não pode ser considerado um direito público subjetivo originário, totalmente delineado pela Constituição. Ele se conforma por meio da *interpositio legislatoris* e da estruturação do sistema único, no caso da saúde pública, e também por meio do contrato, no caso da saúde suplementar.

Em terceiro lugar, o direito à saúde, por força da jurisprudência ativista, além de ser concebido como direito fundamental originário, é simultaneamente visto como um



princípio constitucional, que seria concretizado pelos Poderes Legislativo e Executivo, preferencialmente, mas com atuação supletiva do Judiciário nessa matéria.

Pode-se entender o direito à saúde dessa forma, como um princípio, porém voltado ao legislador, para estruturar sistemas de saúde que permitam a fruição do direito. Entretanto, isso não é feito, porque, ao mesmo tempo, esse princípio fundamenta um direito originário.

A partir daí, está aberta a via do ativismo judicial. Se a política de saúde, concretizada a partir de contratos e da legislação, não é satisfatória, havendo, por outro lado, um direito originário da Constituição, como é que se faz? Cabe ao Poder Judiciário permitir a fruição do direito. Dir-se-á que isso não é realizado de forma ilimitada, e sim mediante ponderação com outros direitos ou exigências. O neoconstitucionalismo, como é notório, potencializa a técnica da ponderação.

A ponderação que deverá ser feita considera, de um lado, o direito à saúde, vinculado à dignidade da pessoa humana, o que torna inglória a contraposição de algo, visto que ninguém vai ser desfavorável à dignidade da pessoa humana ou à saúde. Isso sem se falar que também o direito à vida reforça o direito à saúde. Contudo, se há ponderação, existe outro lado, o da “reserva do possível”, ou seja, o lado das “desagradáveis”, porém sempre presentes, limitações orçamentárias e financeiras.

Coloca-se, por conseguinte, de um lado, algo muito saboroso e, doutro, algo um tanto amargo. Seria como se ponderar, à mesa, “um morango com um jiló”. É óbvio que nesse confronto vai ganhar de dez a zero a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e o direito à saúde, e vai perder sempre a reserva do possível, com todas as vênias...

Trata-se, pois, de um limite meramente dialético ou retórico. E se é um limite retórico, não é um limite, servindo para encobrir uma opção que, de fato, é feita antecipadamente. Passemos, agora, às decorrências da concepção dogmática, prevalecente na jurisprudência, referente a essa matéria: a do neoconstitucionalismo. Primeiro, foquemos nas condenações ao fornecimento de medicamentos não registrados. Esse ponto foi recentemente equacionado pelo Superior Tribunal de Justiça, de um modo bastante positivo, ao ensejo do julgamento do Recurso Especial 1.657.156/RJ, que passou a ser paradigmático nessa matéria.

Atente-se para a claríssima dicção legal, segundo a qual não se pode conceder medicamento não registrado. Se o magistrado não se conforma com isso, tem duas alternativas: ou cumpre o dispositivo, mesmo dele discordando, ou argui, incidentalmente, a sua inconstitucionalidade, configurando-se, assim, uma questão constitucional, que deverá chegar ao Supremo Tribunal Federal em algum momento. O



que não se admite é que o juiz não aplique o preceito legal, por discordar dele, sem arguir, *incidenter tantum*, sua inconstitucionalidade. Isso vinha sendo feito, desabridamente, na jurisprudência, o que levou, contudo, à evolução jurisprudencial mencionada.

Outro aspecto associado ao ativismo é o da condenação à disponibilização de tratamentos e medicamentos que não constam de protocolos clínicos e de diretrizes terapêuticas do Sistema Único de Saúde. Importa observar que, no âmbito deste Sistema, existe um procedimento regulado para a incorporação de novas tecnologias. A lei, atualmente, prevê esse mecanismo. Quando aparece um medicamento ou tratamento novo, não previsto nos protocolos e nas diretrizes, põe-se em ação o mecanismo legal de incorporação, em que existem etapas e prazos.

Entendo perfeitamente que um magistrado dê uma ordem judicial estipulando um prazo para que a autoridade administrativa decida sobre a incorporação, ou não, de um medicamento à listagem do Sistema Único de Saúde, uma vez ultrapassado o prazo legal para tanto, sem justificativa plausível. Essa é uma intervenção judicial não ativista.

O que não é possível é o juiz, considerada a ultrapassagem do prazo de incorporação da nova tecnologia sem decisão, assumir a competência administrativa, avaliando os elementos técnicos que embasam tais decisões. Não se pode substituir todo o aparato administrativo que está legalmente incumbido desse mister, esforçando-se para fazer a mais adequada e abrangente abordagem terapêutica possível, mediante a ótima combinação dos elementos custo/benefício.

No tocante à atuação das operadoras de saúde suplementar, o ativismo se expressa na constante caracterização de prática abusiva nas situações de exclusão de tratamentos ou medicamentos, com base nas normas legais e nas normas administrativas expedidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, bastando, para tanto, que haja indicação médica favorável à prescrição.

Com efeito, há jurisprudência caudalosa do Tribunal de Justiça de São Paulo nesse sentido, expressa, por sinal, em súmulas. Fala-se em abuso porque ali a questão é contratual, o que conduz à invocação da relação consumerista existente entre a operadora e o segurado ou beneficiário. Dessarte, declara-se abusivo aquilo que é negado pela própria legislação e pelo contrato, muitas vezes. E se diz que é abusivo porque o médico particular (da parte) prescreveu.

Essa é, portanto, uma intervenção igualmente indevida. É evidente que se pode interpretar o contrato, em algumas situações, de modo favorável ao consumidor e lhe propiciar o tratamento pleiteado. O que não se admite é, diante de uma exclusão explícita, decretar-se a sua inaplicabilidade, simplesmente por um pretenso caráter abusivo, ignorando-se toda a sistemática contratual e legal nessa matéria.





Devo registrar que as consequências desse ativismo, além do mais, têm sido extremamente funestas para o Brasil, não apenas no tocante à área de saúde, mas de modo geral.

Algum tempo atrás se afirmava que o País só iria crescer quando houvesse a reforma da previdência. Antes mesmo de a reforma ser aprovada pelo Congresso Nacional, vaticinei que acabaríamos chegando à conclusão de que não basta a reforma da previdência para a retomada do crescimento, porque o problema não está no plano econômico nem mesmo no da dívida pública, embora esse seja um fator limitador. Está sim na monumental *insegurança jurídica* que tem impedido decisões de investimento no Brasil, pois ninguém vai investir em um Estado em que a legalidade é dissolvida em um cadinho de interpretações inteiramente desgarradas do texto normativo e dos postulados hermenêuticos.

Para citar apenas um exemplo, lembro a proposta de releitura do artigo 52, inciso X, da Constituição, efetuada ao ensejo do julgamento da Reclamação nº 4.335-5/AC, que, em síntese, consistia em extrair do dispositivo o mandamento segundo o qual o Senado faria publicar as decisões do Supremo Tribunal Federal, em controle incidental, para terem ampla publicidade, mas essas decisões teriam efeitos *erga omnes* desde a sua prolação e publicação do DJe, independentemente de ato normativo senatorial.

A crítica que deve ser feita é a de que não se trata de nova variante exegética, e sim de atribuir ao dispositivo nova redação, o que é não é dado ao Supremo Tribunal Federal fazer, como de resto a nenhum juiz brasileiro. O Supremo, aliás, não acolheu essa proposta, porém foi ela intensamente discutida em nossa mais alta Corte, incumbida da guarda da Constituição. O mesmo se poderia dizer da discussão atual em relação ao foro por prerrogativa de função, em que está bastante avançada no Supremo Tribunal Federal uma proposta que, igualmente, importa em atribuir nova redação ao dispositivo-matriz. Vejam que não estou dizendo que gosto da regra atual, e sim que o texto em vigor não permite aquilo que o Supremo está pretendendo fazer, ignorando os elementos gramatical e histórico.

Em metáfora que sempre utilizo, no momento em que o maestro não toca mais o que está na partitura, passamos à execução de outra música. É a exacerbação da falta de segurança jurídica que afugenta os investidores, principalmente os estrangeiros, que vivem em sistemas mais objetivos, em que se preza o que está no contrato e na lei. O País não cresce e não entendemos o porquê...

O menosprezo pela legalidade ou o seu esgarçamento em decisões judiciais voluntaristas também enfraquece a democracia, em que “a lei é a expressão da vontade geral” (art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789).



Outro aspecto é a desestruturação das políticas de saúde. Em cumprimento à Constituição, há uma política de saúde pública (Sistema Único de Saúde), que pressupõe organização administrativa, contratação de pessoal e de serviços, compra de bens, tudo isso mediante custeio fundado em arrecadação tributária. O ativismo, no caso do Sistema Único de Saúde, desestrutura completamente essa política, pois, de uma hora para outra, o Poder Público se vê obrigado a adquirir remédios caríssimos, não incorporados ao sistema, em benefício de autores de ações judiciais, o que torna o acesso à justiça o critério de atendimento a necessidades sanitárias.

O que se observa, nesse ponto, é a concretização do direito à saúde de forma restrita e desigual, porque é o Judiciário quem passa a modelar a política de saúde, e o acesso aos instrumentos judiciais está longe de ser igualitário no Brasil, o que faz com que as pessoas que têm mais acesso à saúde sejam as que têm mais renda. Essa assertiva é de simples comprovação, bastando tomar como exemplo a distribuição territorial das ações de saúde no Estado de São Paulo. A região mais pobre do Estado, que é o Vale do Ribeira, é a menos judicializada, ao passo que as regiões mais judicializadas são as regiões de Ribeirão Preto e de São José do Rio Preto, que estão entre as mais ricas do Estado. Estamos, portanto, consagrando o modelo do “Robin Hood invertido”: tiramos dos pobres para dar aos ricos. É esse o resultado do ativismo em matéria de saúde, de um modo geral.

No campo específico da saúde suplementar, também temos consequências desastrosas, evidentemente. Primeiro, a concentração empresarial, pois há os riscos imensos que o Judiciário agrega a essa atividade econômica, fazendo com que quem tenha mais robustas condições econômicas resista melhor aos ventos ativistas.

Outro aspecto é a menor oferta e variedade de produtos. Suponhamos que uma empresa operadora crie novo plano de saúde voltado à classe média baixa, plano este bem mais simples do que os usuais, mas que atenda 90% das necessidades dos usuários. Ou seja, só haveria 10% dos pleitos que não seriam atendidos, porque se o fossem o contrato se desequilibraria. No entanto, os pedidos indeferidos passam a ser objeto de intervenções judiciais, que determinam o atendimento também desses 10% de situações excluídas. A consequência, é óbvio, será a eliminação do plano, o que conduz à menor oferta e variedade de produtos, com a predominância de planos coletivos, em que há a compensação de riscos entre jovens e idosos e se reduz significativamente a inadimplência.

Finalmente, há a dificuldade de manter o padrão de qualidade. É evidente que, à medida que haja contínuas e imprevistas intervenções judiciais, o custo se eleve, e a tendência é cobri-lo de alguma forma. Se o serviço vinha sendo prestado com nível diferenciado de qualidade, pode haver problemas dessa ordem, sem infringência às exigências do órgão regulador.



Enfim, para concluir, reafirmo que não existe ativismo progressista ou conservador: todo ativismo é ruim, exatamente porque rompe com princípios e conceitos centrais ao Estado de Direito, basicamente a *isonomia* e a *segurança jurídica*.





FUNDAMENTOS ECONÔMICOS E ATUARIAIS DOS PLANOS DE SAÚDE

ANA CAROLINA MAIA E MARCOS PAULO NOVAIS

Marcos Paulo Novais

Economista e mestre em economia aplicada pela UFJF. Pós-graduado em inteligência de mercado pela FIAP. Atualmente Superintendente Executivo e economista-chefe e do Sistema Abramge/Sinamge/Sinog.

Ana Carolina Maia

Professora Doutora do Departamento de Contabilidade e Atuária da Universidade de São Paulo (FEA/USP) e Chapter Leader de Indicadores e Avaliação na SulAmérica Companhia de Seguro Saúde. Possui Doutorado e Mestrado em Teoria Econômica pela Universidade Federal de Minas Gerais, com trabalhos premiados na área de Saúde Suplementar. Tem experiência nas áreas de Economia e Atuária com ênfase em Economia Aplicada, atuado principalmente nos seguintes temas: Modelos de Seguro Saúde, Regulação, Economia da Saúde, Sistema de Saúde Suplementar Brasileiro, Informação Assimétrica, Demografia e Saúde, Precificação de Produtos de Saúde e Concorrência no Setor de planos de saúde brasileiro.





O arranjo contratual dos planos de saúde tem início nos anos 50, com o início da oferta de cobertura de assistência à saúde por meio de fundo mutualístico. Desde então, os planos de saúde se tornaram protagonistas do financiamento do sistema de saúde suplementar brasileiro, exercendo papel fundamental no desenvolvimento econômico e social do País ao viabilizar a organização e o acesso a uma extensa rede de atendimento médico-hospitalar.

Em números, os planos de saúde chamam a atenção pela sua magnitude: mais de 47,1 milhões de vínculos contratuais para cobertura médica e outros 25,9 milhões de vínculos para cobertura odontológica, uma movimentação financeira da ordem de 2,9% do Produto Interno Bruto (PIB), com 2,4 milhões de empregos diretos, o que representa 5,2% do total de empregos formais no País.

Sob a perspectiva regulatória e de mercado, a oferta dos planos é desenhada a partir de um conjunto de fundamentos econômicos e atuariais diretamente atrelados à natureza do mercado de cuidados de saúde, ou seja, propriamente lidando com a interação entre indivíduos e prestadores no momento do tratamento, uma vez que a natureza desse mercado é fator-chave para compreensão do comportamento dos riscos contratualmente segurados. Uma ampla literatura econômica vem, desde os anos 60, fundamentando o funcionamento do mercado, com destaque para os trabalhos seminais de Arrow (1963) e Grossman (1972). Não exaustivamente, pelo menos seis características do mercado de cuidados de saúde endereçam sua natureza: i) presença de externalidades; ii) barreiras à entrada; iii) bens meritórios; iv) demanda derivada; v) incerteza; e vi) assimetria de informação: seleção adversa e risco moral. Essas características não são exclusivas do mercado de saúde, mas chamam a atenção por sua coexistência num único mercado, aumentando o desafio do setor.

Uma das formas frequentes de arranjos de financiamento do cuidado de saúde é a organização de *pools* mutualísticos em que ocorre compartilhamento de risco com transferência do gerenciamento deste para a entidade administradora dos recursos financeiros, no caso dos planos de saúde, as operadoras. Esse arranjo endereça a questão da incerteza pelo lado da demanda, uma vez que é incerto o momento, a necessidade e a quantidade de tratamento necessária para restabelecer/prevenir alguma condição de saúde: evento de saúde não é previsível individualmente, mas o número de vezes que esse evento ocorre em um grande grupo pode ser predito, ou seja, a média é conhecida.

A eficiência econômica do arranjo, por sua vez, depende da capacidade de o sistema competitivo criar um conjunto completo de mercados de seguro. Sobre esse aspecto ganham destaque: a) implicações decorrentes do ambiente de mercado, sobretudo a assimetria informacional com todas as suas repercussões; b) implicações do ciclo do



produto, fundamentado nas melhores práticas atuariais, que dão suporte à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. A consideração dessas questões, portanto, constitui o conjunto de fundamentos econômicos e atuariais que moldam o cerne das medidas regulatórias no setor, que devem compatibilizar objetivos de eficiência e equidade. A direção de um mercado eficiente é aquela que promove capacidade, para as operadoras, de responder às disparidades, sejam regionais, sejam de morbidade da população ou mesmo de desenho de produto, a fim de manter o mercado ativo, com concorrência suficiente, e equilibrado do ponto de vista financeiro. Os objetivos de justiça, por sua vez, devem se pautar pela não classificação de riscos individuais ou grupos de risco com massa mutualística não credível; segundo o estado de saúde.

Ambiente e dinâmica de mercado

Embora seja extensa a lista de falhas de mercado presentes no setor de saúde, nomeadamente seis delas são relevantes. Primeiro, que o consumo de cuidados de saúde gera externalidades, ou seja, o bem-estar de um indivíduo depende não só de sua ação, mas também da ação que os demais indivíduos realizam. Quando positivas, uma ação tomada por uma pessoa gera benefícios diretos na saúde de outros indivíduos na sociedade e ignorar a existência de tais benefícios positivos gera produção menos eficiente sob a perspectiva econômica. Dito em outras palavras, essas ações podem necessitar de alguma regulação ou interferência governamental que viabilizem seu consumo individual. Um exemplo clássico são as imunizações contra doenças comunicáveis que conferem apreciável benefício privado e frequentemente são subsidiadas, uma vez que a imunização coletiva pode ser entendida como um bem público.

A segunda falha de mercado é caracterizada pela presença de importantes barreiras à entrada, cujas consequências imediatas são restrições sobre a competição, por exemplo: a constituição de operadoras de planos de saúde exige soma importante de capital e o atendimento a um extenso arcabouço regulatório; a criação de empresas para prestação de serviços de saúde requer volume e tempo de investimento significativos, afinal prestadores atuam mediante licenças concedidas por entidades competentes, e o mercado funciona com base em padrões de comportamentos éticos, o que, muitas vezes, previne prestadores de competirem entre si, bem como a reputação do prestador é diferencial que tende a se intensificar na ausência de regulação.

Adicionalmente, bens e serviços de saúde são compreendidos e caracterizados como bens meritórios, ou seja, bens e serviços a que todo cidadão deve ter acesso, este compreendido de acordo com a necessidade, e não com a capacidade de pagar, sem implicação sobre a necessidade de financiamento e/ou provimento público. Essa terceira característica do mercado enseja um grande protagonismo das considerações





éticas em todo o desenho do sistema de saúde, transitando com destaque em temas, como incorporação de tecnologias em saúde, independente do desenho de financiamento.

Em quarto lugar, é importante compreender o arcabouço microeconômico que dá suporte ao entendimento do comportamento individual e do comportamento dos médicos. O trabalho seminal de Grossman (1972) é pioneiro na demonstração da saúde como um bem que produz utilidade por si, ou seja, estar saudável gera utilidade individual, na consideração da saúde como um estoque, similar à abordagem de capital humano (Becker, 1964), e na consideração da saúde como um processo de produção que requer tempo do indivíduo e consumo de bens e serviços de saúde, sendo bens e serviços de saúde compreendidos não só como assistência à saúde, mas também como cuidados de saúde. A importância da abordagem de Grossman se desdobra sobre várias áreas no setor saúde, destacando-se como um argumento pró-igualdade no acesso a serviços de saúde, uma vez que dias saudáveis propiciam mais capacidade de trabalho, mais rendimento e, logo, mais consumo de bens e serviços gerais do ponto de vista individual. Grossman ajuda a construir, nesse sentido, uma das motivações para o estabelecimento de sistemas de seguro. Sejam públicos ou privados, estes sistemas se propõem a viabilizar um arranjo de financiamento para proteger indivíduos da imprevisibilidade e incerteza do momento e do montante de despesas médicas que será necessário para o restabelecimento do estoque de saúde. Há, entretanto, a necessidade de se distinguir a chamada “economia da saúde” da “economia de cuidados de saúde”. A primeira está preocupada, sobretudo, com a “função de produção da saúde”; a segunda, com a “função de demanda por serviços médicos”. No primeiro caso, o ponto em questão é: Quantos dos serviços médicos contribuem para a preservação ou melhoria do estado de saúde? Estatísticos e economistas aplicam correntemente métodos empíricos para responder a essa pergunta e, em geral, a influência dos cuidados na saúde pode ser considerada positiva: maior consumo de serviços médicos resulta em melhor saúde. A segunda relação vai do estado de saúde ao consumo de serviços médicos, a chamada função de demanda por serviços médicos. Nessa função, o estado de saúde representa a variável explicativa. A função de demanda por serviços médicos – em sua forma positiva – emerge com questões que determinam a quantidade e a qualidade dos serviços médicos produzidos numa sociedade. Em sua forma normativa, busca investigar as condições de produção desses serviços e sua distribuição entre indivíduos, identificando os mecanismos particularmente adequados para a eficiência, uma vez que há escassez de recursos. Desse ponto, emergem questões de organização e financiamento de serviços médicos. A análise microeconômica é, nesse sentido, com seu arcabouço de incentivos, uma ferramenta poderosa para investigar os efeitos de alternativos arranjos. Por um lado, eles descrevem como pacientes pagam por esses serviços, sobretudo arranjos de seguro; por outro, descrevem a maneira como o dinheiro é canalizado para os prestadores de





serviços, lidando com os efeitos de incentivo de sistemas de pagamento alternativos para médicos, hospitais e fornecedores de medicamentos, por exemplo.

A quinta característica desse mercado é a forte presença de incerteza que, como mencionado, emerge pelo lado da demanda, porque há incerteza quanto ao momento, quanto à necessidade e quantidade de cuidado de saúde, uma vez que consumidores não sabem do seu estado de saúde no futuro e não se conhece a necessidade futura de cuidados para com ela. Pelo lado da oferta, entretanto, há também grande incerteza quanto à efetividade do cuidado: consumidores, e muitas vezes médicos, não conhecem resultados esperados de vários tratamentos. Existe, dessa forma, incerteza sobre o processo produtivo (da saúde) em si. Essa incerteza não deve ser negligenciada, uma vez que ela é agravada pela forte falta de informação que permeia a maioria das relações nesse mercado, sexta característica destacada. Quando a falta de informação é explorada estrategicamente por uma das partes para fins de ganho econômico, dizemos que existe assimetria de informação, aspecto amplamente trabalhado na literatura econômica e com potencial de consequências desastrosas, como o desaparecimento total ou parcial dos mercados, conforme artigo seminal de Akerlof, 1970. As conclusões de Akerlof não são só arrebadoras sobre comportamento estratégico, mas enfáticas ao mostrar que interações mutuamente vantajosas deixam de ocorrer em função da assimetria de informação, gerando problemas de eficiência e distorções no funcionamento da economia.

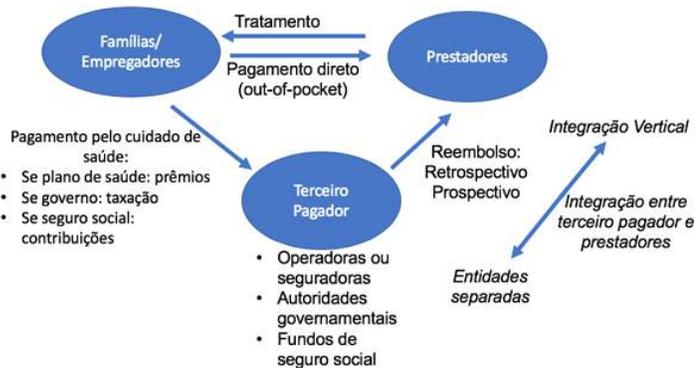
Os exemplos usuais dos efeitos da assimetria informacional são risco moral e seleção adversa. O risco moral pode ocorrer basicamente em duas situações: na relação entre prestadores e indivíduos e na relação entre indivíduos e o ente financiador (vide Figura 1). No primeiro caso, a assimetria de informação, tratada no arcabouço de relação de agência, ou seja, com delegação de decisões por parte de um agente para outro que possui mais informações, deu origem a investigações sobre a indução de demanda, que tem sido um dos aspectos mais controversos em economia de cuidados da saúde. De forma simples, esse conceito está associado ao fato de que profissionais de saúde, sobretudo aqueles que tomam decisões clínicas e, portanto, maiores detentores de informação, têm a capacidade de artificialmente criar demanda para seus serviços. Prestadores teriam, assim, a possibilidade de estabelecer um “rendimento alvo”, com implicações sobre o mercado e sobre concorrência de forma similar ao “monopólio crescente”¹.

¹ A falta de informação dos consumidores sobre as características dos prestadores pode levar a consequências distintas das de outros mercados: aumento de concorrência dos prestadores pode elevar preços e não reduzir como em outros mercados (Satterthwaite, 1979; Pauly e Satterthwaite, 1981): uma vez que bens e serviços de saúde assumem a natureza de um bem de reputação, o aumento



Historicamente, esses dilemas têm produzido diversas medidas regulatórias intervencionistas no sistema de saúde, como criação de certificações, como meio de dar visibilidade a ganhos de reputação de prestadores, restrições éticas e mesmo protocolos de conduta. No segundo caso, entre indivíduos e ente financiador, ocorre risco moral ou sobreutilização de cuidados quando há um sistema de financiamento no qual os custos diretos são despendidos pelo ente financiador, usualmente governos ou operadoras de saúde no sistema brasileiro, e indivíduos tendem a utilizar mais serviços que o nível ótimo para restabelecer o seu estado de saúde. A seleção adversa, por sua vez, ocorre quando o indivíduo detém mais informação a respeito de seu estado de saúde e, portanto, sobre a demanda esperada de cuidados que o terceiro pagador, e usa essa informação para se associar a um *pool* de risco que não reflete a sua expectativa de USO.

Figura 1 - Agentes, fluxos de cuidado e fluxos financeiros



Fonte: Elaboração própria

Uma vez compreendido o ambiente de mercado em que planos de saúde estão inseridos, cabe definir de que forma esses produtos podem ser ofertados e sustentados com equilíbrio financeiro. Os desafios são inúmeros e remetem ao ambiente e à forma como os sistemas organizam seus aparatos regulatórios para lidar com as falhas de mercado.

da oferta reduz a informação que indivíduos detêm sobre cada prestador, tornando mais incerta a procura de um prestador. Essa visão dá origem ao modelo de “monopólio crescente” que oferece uma explicação para os preços serem mais elevados em centros urbanos maiores. A recomendação, a partir dessa abordagem, é a de que consumidores bem informados podem recuperar a disciplina concorrencial e, com isso, mover preços. A título de exemplo, têm-se os esforços americanos na implementação de um sistema de preços transparentes, incentivadas pelo ACA.



Sob a perspectiva gerencial, contratos mutualísticos de planos de saúde são comumente analisados por linhas de produtos. As linhas são definidas com o agrupamento de contratos semelhantes em relação à formação dos preços, às tendências de evolução dos sinistros, à capacidade de gerenciamento do risco ou estratégia de posicionamento dos produtos no mercado. As linhas são importantes não apenas para as operadoras, mas também para os reguladores e legisladores que precisam desenvolver definições cuidadosas, a fim de não comprometerem os grupos mutualísticos que se formam dentro de cada linha, sob o risco de, ao regular o mercado, promoverem iniquidades ou incentivos adversos.

As condições epidemiológicas do grupo mutualístico e as características do contrato constituem exemplos de fatores não gerenciáveis, uma vez que só é possível exigir que a operadora assuma o risco de subscrição de uma linha por um período de tempo não muito extenso ante a mutação do risco com o decorrer dos anos. Leida e Bluhm (2015) destacam que produtos com importante dinâmica inflacionária, característica típica dos contratos de planos de saúde, dificilmente são capazes de oferecer cobertura durante um período extenso sem que seja legislado um dispositivo de revisão periódica dos preços. Dito em outras palavras, contratos vitalícios de plano de saúde, por exemplo, teriam de contar com revisão periódica de preços atrelada ao desempenho futuro do grupo mutualístico ou teriam seus preços de entrada tão elevados que não encontrariam mercado de atuação.

Uma vez definidas as linhas, também chamadas de blocos de negócios, a precificação dos produtos pode ser efetuada tanto a partir da experiência direta dos contratos, sobretudo nas situações de revisão dos prêmios, quanto a partir de *benchmarks*, ou seja, outras populações que referenciam a experiência esperada do novo *pool* mutualístico, com parâmetros ajustados para se adaptar à situação projetada. Em qualquer situação, o processo é o mesmo: mensuração do passado, avaliação e adaptação da experiência passada para o futuro e fixação e calibração dos prêmios com base na expectativa de desenvolvimento do futuro. Alguns *trade-offs* estão envolvidos na decisão final de fixação das taxas (definidas como o prêmio medido por unidade de exposição): 1. As taxas adequadas devem ser altas o suficiente para produzir uma receita agregada que cubra todos os sinistros, além de outras despesas não assistenciais e margem da operadora. 2. As taxas competitivas, entretanto, devem ser baixas o suficiente para que atinjam um volume suficiente de beneficiários por meio de um crescimento sustentável das vendas, conforme a estratégia de atuação da operadora. 3. Por força de regulação, podem ser necessárias taxas equitativas, definidas como aquelas que aproximam grupos de risco (risco definido como expectativa de custo e frequência de utilização), mas elas devem ser equitativas de forma que não haja um montante não razoável de subsídio cruzado entre esses grupos de risco, do contrário pode haver comprometimento do princípio mutualístico pela seleção crítica de indivíduos de alto risco.



A tarefa de contemplar noções de equidade e eficiência é, provavelmente, um dos maiores desafios regulatórios em saúde, uma vez que existe uma importante heterogeneidade no risco individual e nos produtos (Cap. 11, Pauly *et al.*, 2011). Existem, dessa forma, situações de mercado que sempre impactam o processo de decisão final sobre as contraprestações pecuniárias ou prêmios comerciais: condições regulatórias, como proibição de subscrição completa e reconhecimento do pacto intergeracional, por exemplo, estratégias de precificação dos competidores, histórico de produtos já em curso da operadora e objetivos estratégicos da operadora. As 4 etapas típicas do ciclo do produto ou plano de saúde sob a ótica técnica são: **inteligência de mercado, precificação técnica atuarial, dinâmica do produto e monitoramento atuarial**.

No momento inicial, a operadora observa uma experiência pregressa de desenvolvimento de sinistros, reconhecendo e identificando a relação entre o sinistro, as características populacionais e as características do plano (acesso) que a população teve cobertura. Nessa etapa, as informações são organizadas por data de ocorrência do sinistro e eventualmente corrigidas pela estimativa de valores avisados e não pagos e valores não avisados. A princípio, qualquer característica – ou atributo que tenha correlação material com influência no valor ou frequência das despesas assistenciais (sinistros) – é usada como fator de risco e, portanto, como instrumento de *rating*. Uma vez mapeados os fatores relevantes da experiência de sinistro, a operadora desenvolve as taxas para o cálculo posterior dos prêmios. O cálculo do prêmio de risco pode ser feito a partir do uso da fórmula de taxa, da experiência histórica, de ferramentas de análise preditiva ou mesmo uma combinação das três técnicas.

Durante a segunda etapa, precificação técnica atuarial, uma vez selecionada base empírica, a operadora avalia qual será o desenho do produto e o perfil da população-alvo. Esta é a que vai se associar ao *pool* mutualístico da operadora e compor as medidas para subsídio (entre as várias condições de saúde) que sustenta o mutualismo atuarial. Portanto, na etapa 2, a precificação técnica atuarial do produto será composta ao menos por 3 pilares: Mutualismo Atuarial (*Risk Pool*) e Fatores de Risco, *Risk Appetite* e Restrições Regulatórias.

Mutualismo Atuarial e Fatores de Risco

O mutualismo atuarial compreende as características de risco da população prospectada para o desenho daquele produto e a sistematização dos fatores é que vai possibilitar a estimativa da exposição ao risco esperada para aquele grupo mutualístico. Os fatores mais comuns, pela ótica da demanda são: demográficos; estado de saúde; região de residência; fator de tendência; condições socioeconômicas; ocupação; hábitos; aversão ao risco; e outros. Pela ótica da oferta, os fatores de risco usuais





associados à linha de produtos são: localização predominante da rede de prestadores; parâmetros contratuais de divisão de custos; grau de gerenciamento da atenção; condições de subscrição; fator de tendência dos preços de bens e serviços de saúde; intensidade da verticalização da rede; e outros.

O primeiro passo é avaliar diretamente, a partir das informações de sinistro do *pool* de referência (etapa 1), os custos por unidade de exposição, *Per Member Per Month* (PMPM) ou *Per Member Per Year* (PMPY) e os indicadores de frequência e severidade. Dessa forma, usando dados de sinistros e eventos históricos ocorridos, a equipe técnica da operadora pode produzir tabelas e relatórios de utilização de custos segmentando os dados em categorias de serviços homogêneas e, em seguida, resumindo em métricas como frequência de sinistros, custos unitários, descontos ou coparticipações, custo por exposto (PMPY), sinistralidade e *score* de riscos. No segundo passo, podem ser feitos ajustes na taxa de referência, somando ou subtraindo novos serviços para contemplar as tendências de variação dos custos, normalmente feitos por categorias de serviço; incorporação de procedimentos no rol; além de alterações de sistemas de divisão de custos. Sempre que são incorporadas novas tecnologias médicas no rol de procedimentos, a resposta sobre a frequência e a severidade não são ainda conhecidas, mas devem ser consideradas por meio de algum método que procure explicitar de que forma a incorporação de serviços impactou o custo e a frequência de utilização. No terceiro passo, os principais componentes de risco que afetam a intensidade e a frequência do uso dos serviços de saúde são convertidos em fatores com a finalidade de estimar um *score* de risco agregado. Os fatores podem ser compreendidos como métricas que relativizam o sinistro esperado de alguma categoria observável e correlacionada ao custo financeiro, possibilitando a comparabilidade entre diferentes populações ou produtos.

Essa é a forma clássica de calcular cada unidade de exposição ao risco que será segurada e sobre a qual será estimado, posteriormente, o volume de prêmio de risco. Esse processo opera como um mecanismo para determinar o risco agregado da carteira, o qual foi ponderado pela contribuição de cada classe de risco associada aos indivíduos. Modelos atuariais para avaliação de fatores de risco baseados em experiência histórica, normalmente, partem de, pelo menos, um período de 12 meses numa base de informações consistente, para identificar a dinâmica de contribuição e peso de cada componente.

Risk Appetite

O conceito de apetite ao risco está centrado na busca de estratégias e diretrizes que uma operadora deve empregar ao decidir qual deve ser o nível esperado de perda/resultados técnico das operações em relação à sua capacidade. A operadora, estrategicamente,





deve identificar e quantificar quais são as fontes de incertezas, além da aleatoriedade da severidade e frequência dos gastos dos serviços de saúde. Os desafios da gestão em ambientes sob incerteza, como é caso em saúde suplementar, são caracterizados pela necessidade de se definirem valores no processo de tomada de decisão sem o total conhecimento prévio da realização de parâmetros e cenários que, de alguma maneira, afetarão as estratégias pré-determinadas de apetite ao risco. Por exemplo, *a priori*, a operadora definirá métricas para obter o nível máximo de risco que poderá absorver ou gerenciar, considerando diversos fatores, como sua base de capital, níveis de liquidez, capacidade de endividamento, requisitos legais, restrições operacionais e obrigações para os acionistas, beneficiários e outras partes interessadas. Exemplos de métricas são: carregamento de segurança, capital regulatório, capital econômico, dividendos, risco de subscrição, risco de crédito. O objetivo central é garantir que a comercialização e a criação de novos produtos sejam consistentes e estejam alinhados com o nível de apetite ao risco, de tal forma que preservem conjuntamente a estratégia, a regulamentação e o equilíbrio financeiro da operadora.

Restrições Regulatórias

O pilar de restrições regulatórias é aquele que, a partir da base de tarifação, já considerando carregamentos de segurança e outros custos necessários, trata do cálculo efetivo dos prêmios, considerando restrições à classificação e à reclassificação dos indivíduos, também chamados de tipos de risco. A partir desse momento, portanto, analisa-se o montante de receita requerida por unidade de exposição ao risco.

Diante de restrições regulatórias, as técnicas de atribuição do prêmio, dependem do padrão de *rating* adotado. No padrão de *community rating*, modificado ou ajustado, as variáveis de *rating* conhecidas pela operadora são parcialmente ignoradas individualmente, a fim de contemplar os propósitos de política regulatória, motivados por questões de justiça social, existindo, nesse sentido, um senso de redistribuição do risco observável na população. Um potencial dispositivo foi descrito pela Agência Nacional de Saúde, no caso das faixas etárias, como subsídio intergeracional. A previsibilidade relativa dos gastos com saúde, a partir das perspectivas das operadoras, reguladores e beneficiários, é um aspecto-chave para o funcionamento e regulamentação do mercado. Quando essas perspectivas de risco são diferentes, problemas de contratos incompletos, fechamento de blocos de negócios, *cream-skimming*, antisseleção e seleção adversa, podem ser importantes e comprometer a eficiência do mercado. Um mecanismo clássico de mitigação das distorções de percepção do risco, sobretudo entre reguladores e operadoras é o *Risk Adjustment*, que se desenvolveu sob a lógica do desejo de os reguladores classificarem as contraprestações uniformemente por algum critério (McGuire e Kleef, 2018). Se esse critério explicitamente resulta em prêmios diferenciados, a hipótese é a de que deve





existir um mecanismo de transferência via um sistema de Ajustamento ao Risco. Nos Estados Unidos da América, esse sistema foi implantado pela primeira vez no início dos anos 80 para o público do *Medicare*, ao qual foi facultada uma substituição de cobertura de plano. Hoje, a concepção de *Risk Adjustment* é usual naquele país, e foi até mesmo um dos importantes instrumentos de estabilização do prêmio no *Affordable Care Act* (ACA) (CMS, 2019).

Na ausência de qualquer modelo de *Risk Adjustment*, cabe à operadora definir a estratégia de atribuição do prêmio individual segundo classes de risco: em um extremo, a operadora pode prospectar um perfil de risco do *pool* e então estabelecer subsídios cruzados neste; no outro extremo, a operadora pode redefinir a base de taxaço com base no grupo de maior risco e então implementar restrições regulatórias de classificação dos riscos.

Na etapa 3, dinâmica do produto, uma vez que este começa a ser comercializado, e após as carências de alguns procedimentos, a experiência de sinistro começa a ser observada. O desenvolvimento dos sinistros em planos de saúde depende de eventualidades aleatórias da saúde dos beneficiários, as quais se traduzem tecnicamente em frequência de utilização (quantidade de vezes que cada beneficiário usa determinado procedimento) e severidade da ocorrência de cada sinistro (valor gasto ao utilizar algum procedimento).

Com a ocorrência dos sinistros ao longo do tempo, outros fatores que impactam o montante das despesas assistenciais podem se desenvolver, mesmo que diretamente não sejam observáveis. Primeiro, destaca-se o grau de negociação ao longo do tempo que a operadora possui com sua rede de prestadores. Pela natureza heterogênea dos serviços de saúde com relação à qualidade, seja pela relação com o beneficiário, tempo de espera ou acesso a equipamentos modernos, algumas regiões podem sofrer certa pressão dos melhores prestadores quanto ao preço dos serviços, de tal forma que a negociação entre os *players* fique longe de obter os benefícios de mercados competitivos (Ginter *et al.*, 2018). Em casos extremos, a inclusão de um novo rol de procedimentos pode ficar em poder de um número muito limitado de prestadores, gerando, na prática, um modesto poder de negociação com operadoras. Outro fator importante que tem impactado sistemas de saúde privada na maior parte dos países é a persistente tendência de aumento dos preços e serviços médicos. A inflação médico-hospitalar, composta pela variação dos preços na cadeia produtiva do setor, e que considera preços e quantidades de serviços médicos, vem apresentando valores acima dos índices tradicionais de inflação. Como consequência, nos períodos em que a renda per *capita* permanece constante ou diminui, pode-se observar em alguns produtos um grande número de desistências de beneficiários por não poderem arcar com as mensalidades. Além disso, mesmo que mecanismos de mercado minimizem a





assimetria da informação, é fato que os beneficiários durante o contrato tomarão as decisões conforme acreditam serem as melhores para si: durante a vigência do contrato pode-se observar beneficiários de alto risco continuarem em maior medida, ou beneficiários de baixo risco desproporcionalmente saírem do plano (antisseleção duracional); e, por último, o desenvolvimento do risco moral (*change behavior*) entre alguns beneficiários.

Por fim, a última etapa do ciclo, o monitoramento atuarial, que consiste na avaliação novamente das condições de risco do grupo populacional e do produto para adaptar esse conjunto de fatores às restrições de discriminação dos prêmios (reclassificação dos riscos), avaliando como foi o desenvolvimento e a performance do produto, incluindo capacidade de gerenciar o cuidado. O processo inicial de precificação de um produto de saúde, embora seja uma etapa relevante durante o ciclo de vida do produto, tem alcance limitado no que concerne ao horizonte de tempo. Produtos com significativa taxa de inflação e interações dinâmicas de mercado não encontram suporte em modelos de projeção com mais de 3/5 anos (NAIC, 2019). Diferentemente de outras linhas de seguro, portanto, o processo de revisão/reajuste dos prêmios não é um aspecto marginal para a sustentabilidade da linha de produtos, mas sim fundamental no próprio desenho inicial e manutenção do equilíbrio atuarial.

No monitoramento são, portanto, revistos, pelo lado da demanda:

As características de risco do *pool* mutualístico: conforme explicado, a precificação inicial de um produto trata essencialmente da avaliação, ex-ante, da quantidade de risco segurado ou exposto, no jargão atuarial. A estimativa dessa quantidade de risco exposto é feita pelo ajuste do *score* de risco da população.

E, pelo lado da oferta:

Os impactos da inflação médica sobre aquele *pool* mutualístico, as condições de negociação de preços com a rede de provedores, a efetividade das ferramentas de gerenciamento de risco viabilizadas para aquela linha de produtos e para aquele grupo mutualístico.

Diversas métricas e análises podem ser realizadas na etapa no monitoramento atuarial:

1. Evolução da receita de contraprestações pecuniárias, custos assistenciais e não assistenciais sumarizadas por: linha de produtos, tipo de serviço médico (ambulatorial, hospitalar, terapias, exames etc.);
2. Desenvolvimento do IBNR/PEONA: triângulos pagos; tamanho da cauda; análise de tendência e sazonalidade;





3. Avaliação e decomposição dos efeitos sobre a sinistralidade por: duração de contratos; região; tamanho dos grupos; segmentação demográfica; segmentação dos planos; produtos com ou sem compartilhamento de risco (*copay*); tipo de rede etc.

A próxima seção aborda o modelo de organização do sistema brasileiro de saúde, e, em seguida, descreve o custo das coberturas e a importância do acompanhamento destes para a formação dos preços e dos reajustes.

Experiência Brasileira

O modelo de organização do sistema de saúde impacta diretamente no acesso aos serviços de tratamento e reabilitação, no modelo de financiamento e nas condições de produto e preço. Pelo menos três modelos de organização podem ser descritos, sem prejuízo de outras abordagens: sistemas exclusivamente públicos, sistemas baseados em planos de saúde de contratação voluntária e sistemas baseados em planos de saúde de contratação obrigatória.

Em sistemas exclusivamente públicos, o acesso aos serviços de saúde é promovido pelo Estado, por meio de iniciativas públicas ou privadas, garantindo cobertura para toda a população, sendo financiado por meio de contribuições obrigatórias (taxas e impostos). Nesse modelo, a cobertura abrange toda a população, incluindo aleatoriamente indivíduos que têm maior ou menor necessidade de recursos de saúde.

Outro modelo de organização são os sistemas baseados na contratação obrigatória de planos de saúde, que se caracterizam por determinação do Estado de que todos devem estar cobertos por planos, sejam eles operados por empresas públicas ou privadas. Nesse caso, o Estado costuma multar indivíduos de alta renda que não aderem a planos de saúde e prover auxílio financeiro para aqueles de baixa renda, desde que comprovem não possuir recursos suficientes para a contratação do produto.

Esse modelo produz efeitos positivos, porque a adesão ao plano de saúde se torna mais ampla, e inclui tanto beneficiários que precisam de mais recursos de saúde quanto os que requerem menos serviços, ou seja, o custo per *capita* do plano é mais baixo, contribuindo positivamente para os processos de formação de preço e reajuste. Em situações como essa, torna-se possível a adoção de preços uniformes (como *community rating*), visto que todos pagarão e terão acesso aos serviços do plano.

Já os sistemas baseados em contratação voluntária de planos de saúde, organização semelhante àquela que o Brasil possui, costumam mesclar o acesso por meio de iniciativas públicas, de cobertura mais ampla da população, com a possibilidade de contratação de planos de saúde. Nesse caso, aumenta a probabilidade da adesão ao





plano por indivíduos que precisam de mais serviços de saúde, ou que estejam com a saúde mais debilitada.

Diante desse cenário, é preciso estabelecer um conjunto de regras para mitigar o processo de seleção e garantir que a adesão ao plano não seja pura e simplesmente motivada por uma necessidade momentânea de acesso a serviços de saúde. Dentre as regras possíveis, destacam-se a carência e a utilização de fatores de risco nas definições de preço e reajuste, ou seja, o preço varia conforme fatores, como: faixa etária; consumo de tabaco; sedentarismo; dentre outros.

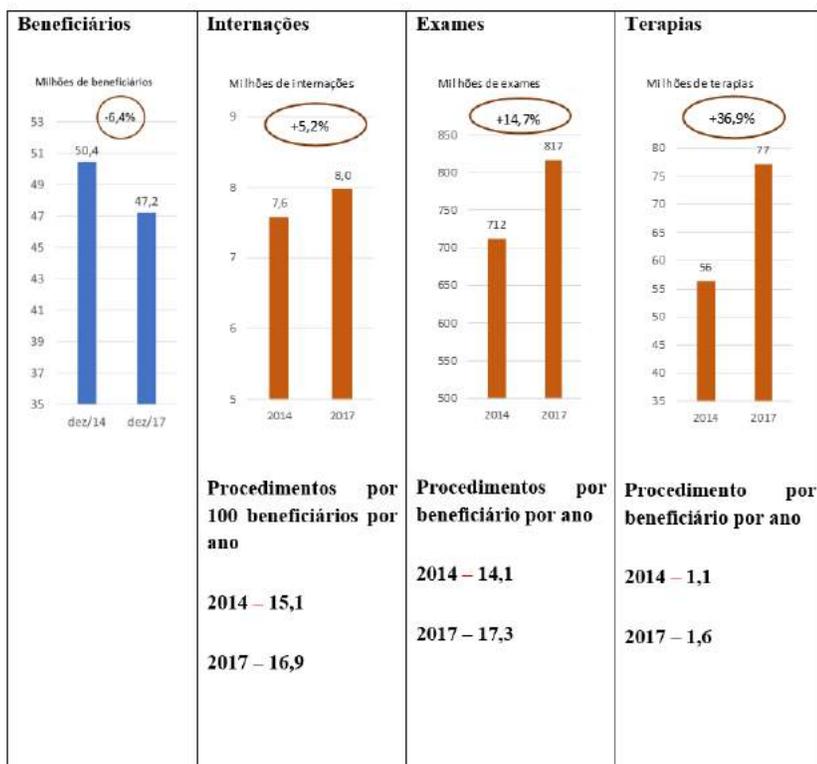
No Brasil, para fins de precificação e reajuste, é permitida a utilização apenas de um fator de risco: a faixa etária. Esse tipo de organização do sistema gera um processo de seleção natural e aumenta a probabilidade de adesão por parte de pessoas que requerem mais serviços de saúde; logo, os planos de saúde passam a ter um custo *per capita* mais elevado, influenciando também a elevação dos preços. Uma evidência disso é a constatação de que o grupo de beneficiários de planos de saúde no Brasil tem perfil etário mais envelhecido do que a média da população, enquanto a população brasileira possui 11% de seu contingente com mais de 59 anos, o recorte daqueles que possuem plano de saúde atinge 15%.

Dinâmica dos Custos em Saúde no Brasil

Os custos em saúde crescem a dois dígitos pelo menos, desde junho de 2011, segundo aponta o indicador Variação de Custo Médico Hospitalar (VCMH), divulgado pelo Instituto de Estudos de Saúde Suplementar. Para se ter uma ideia o índice VCMH, que é um cálculo de variação anualizado, alcançou a marca histórica de 20,6% em janeiro de 2017, mesmo ano em que o reajuste de plano individual foi de 13,5%.

Entre 2014 e 2017, enquanto o número de beneficiários de planos de saúde recuava de 50,4 milhões para 47,2 milhões, queda de 6,4%, o volume anual de internações cresceu 5,2%, o de exames aumentou 14,7% e as terapias avançaram 36,9%. O resultado foi um crescimento significativo do número médio de procedimentos cobertos, passando, por exemplo, de 14,1 para 17,3 exames por beneficiário ao ano, um aumento médio de três exames por pessoa. As terapias e as internações foram na mesma linha e aumentaram de 1,1 para 1,6 terapias e 0,15 para 0,17 internações por pessoa, consolidando crescimento de 45% e 12%, respectivamente.

Importante notar que a redução do número de beneficiários em qualquer mercado tradicional deveria implicar diminuição no consumo de bens e serviços ou uma manutenção do nível, o que não se observou no sistema brasileiro.

**Figura 2. Variação do número de beneficiários e do volume de procedimentos cobertos**

Fonte: Elaboração própria a partir de informações do Mapa Assistencial 2017 (ANS).

Na saúde suplementar, a frequência de utilização acompanha: epidemiologia, envelhecimento da população, incorporação de novas tecnologias, epidemias, disponibilidade e proximidade da rede de atendimento, nível de acesso a serviços mais especializados, presença, ou não, de mecanismos financeiros de regulação no produto, entre outros. Além disso, outro determinante que contribui para o aumento da frequência de utilização das coberturas é o potencial sobreuso de exames de alta complexidade. A título de exemplo, a Saúde Suplementar brasileira é campeã mundial em realização de exames de imagem por ressonância magnética, com uma média de 162 exames por ano para cada mil beneficiários de planos, enquanto a média dos países desenvolvidos alcança apenas 52 exames por pessoa por ano.



Figura 3. Quantidade de exames de ressonância magnética realizados em 2017

Número de exames para cada 1.000 habitantes ou beneficiários.



Obs.: 130 países participantes da Org. para Cooperação e Desenvolvimento Econômico.
Fonte: Elaboração própria a partir de informações do Mapa Assistencial 2017 (ANS).

As alterações do perfil de demanda, no setor de planos de saúde, ocorrem também por razões associadas à dinâmica do mercado de trabalho. Rotatividade e alterações demográficas na carteira são rotineiras e afetam a expectativa de custos. Suponhamos que uma empresa precisou reduzir o quadro de funcionários e o fez inicialmente dispensando indivíduos mais jovens que estavam a menos tempo na empresa (logo, os custos rescisórios seriam menores). Ao fazê-lo, a empresa mudou o perfil etário da carteira e o custo *per capita* da cobertura subiu 10,7%.

Figura 4. Exemplo: mudança no perfil da carteira em planos coletivos em modelo em que a adesão é voluntária

Faixa etária	Valor médio (R\$)	Distribuição dos Colaboradores (2017)	Distribuição dos Colaboradores (2018)
24-28	250,71	100	50
39-43	358,84	100	100
59 ou mais	1.015,50	100	100

Valor médio por pessoa 541,68 → 599,88
10,7%

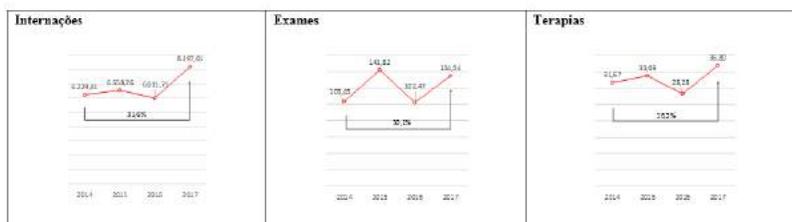
A simples mudança do perfil etário da empresa contratante implica naturalmente em mudança do custo que será reequilibrado no reajuste (para isso, é imprescindível considerar preços e reajustes por faixa etária).

Fonte: Elaboração própria.



Além disso, tão importante quanto a variação da frequência de utilização dos procedimentos é a mudança de preço dos produtos e serviços cobertos, que está sujeita à dinâmica da incorporação de tecnologias e mudança no padrão epidemiológico da população. No mesmo período, compreendido entre 2014 e 2017, o preço médio das terapias cresceu 16,2%, dos exames 30,1%, das internações 31,6%.

Figura 5. Variação do preço médio por tipo de evento coberto



Fonte: Elaboração própria a partir de informações do Mapa Assistencial 2017 (ANS).

O aumento reflete a alteração do preço de cada procedimento e da composição do evento coberto, ou seja, uma interação de dois efeitos:

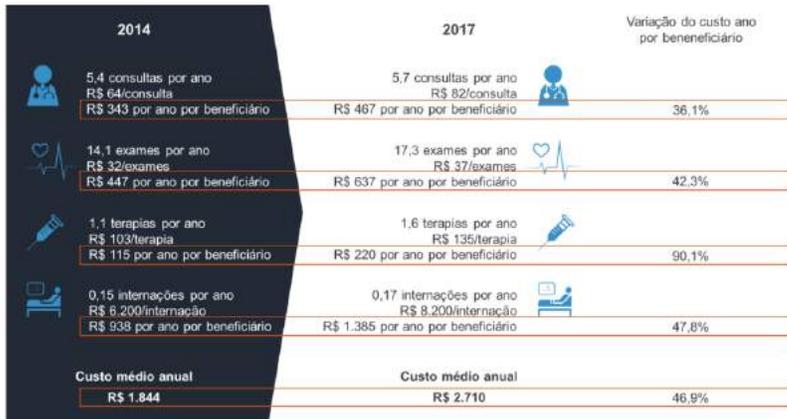
- Preço: é reflexo de mudança do preço individual do evento, por exemplo, reajuste do medicamento, da consulta, do exame ou das taxas hospitalares;
- Composição: é reflexo da mudança na composição do evento, por exemplo, aumento das indicações de quimioterápico oral, que são mais caros, em detrimento do uso do medicamento por acesso venoso. Ou ainda o crescimento da utilização de equipamentos de imagem mais avançados vis-à-vis aos mais comuns e de preço mais barato.

Juntos, o aumento da frequência de utilização das coberturas e do preço médio do procedimento, atuam como multiplicadores de custos, inflando a despesa médico-hospitalar.

Entre 2014 e 2017, por exemplo, o custo das consultas avançou 36,1%, índice elevado, mas inferior ao aumento dos exames 42,3%, das internações 47,8% e das terapias, que quase duplicaram, registrando crescimento de 90,1%.



Figura 6. Variação de Custos Médico-Hospitalares – 2014 a 2017



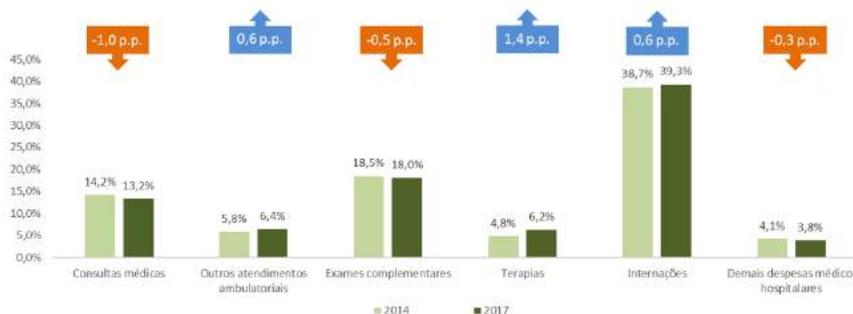
Fonte: Elaboração própria a partir de informações do Mapa Assistencial 2017 (ANS).

A problemática do aumento dos custos médico-hospitalares não termina por aí, afinal de contas, a sua composição, baseada em introdução de tecnologias e venda de materiais e medicamentos, desloca o equilíbrio das despesas com saúde em favor de prestadores que utilizam esses materiais.

De 2014 a 2017, por exemplo, as consultas médicas perderam participação no total de despesas assistenciais, passando de 14,2% para 13,2% do total de despesas assistenciais pagas pelas operadoras de planos de saúde, ou seja, uma redução de 1 ponto percentual. Enquanto isso, as despesas com terapias e internações que representavam 4,8% e 38,7%, respectivamente, cresceram e passaram a consumir 6,2% e 39,3% dos recursos do setor.

Ou seja, esse resultado evidencia que os recursos do setor estão sendo consumidos cada vez mais por prestadores de serviço que têm materiais e principalmente medicamentos em sua composição de custos, em detrimento de atividades eminentemente relacionadas à prestação de serviços e ao atendimento médico (consultas).

Figura 7. Participação do grupo de procedimento no total de despesas assistenciais – 2014 e 2017



Fonte: Elaboração própria a partir de informações do Mapa Assistencial 2017 (ANS).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Akerlof, G. (1970), The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *The Quarterly Journal of Economics*, 84, issue 3, p. 488-500.

ANS. Mapa Assistencial 2017. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/Mapa_Assistencial_2017.pdf.

Arrow KJ. Uncertainty and the welfare economics of medical care. 1963. *J Health Polit Policy Law*. 2001;26(5):851-883. doi:10.1215/03616878-26-5-851.

Becker, G. S. (1964). *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education*. University of Illinois at Urbana-Champaign's Academy for Entrepreneurial Leadership Historical Research Reference in Entrepreneurship. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1496221>

Ginter, P. M., Duncan, W. J., & Swayne, L. E. (2018). *The strategic management of health care organizations*. John Wiley & Sons.

Grossman, M. (1972). On the Concept of Health Capital and the Demand for Health. *Journal of Political Economy*, 80(2), 223-255. Retrieved from www.jstor.org/stable/1830580.



IESS. Variação dos Custos Médico Hospitalares – VCMH/IESS. Disponível em: https://www.iess.org.br/?p=publicacoes&id_tipo=13.

LEIDA, H. K.; BLUHM, W. F. Individual Health Insurance. Actex Professional Series. 2015
McGuire, T. G., & Van Kleef, R. C. (Eds.). (2018). Risk Adjustment, Risk Sharing and Premium Regulation in Health Insurance Markets: Theory and Practice. Academic Press.

Newson, M. Fernandez, B. Private Health Insurance Premiums and Rate Reviews. 2010. Disponível em: http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/key_workplace/788.

O'Grady, F. T. Individual Health Insurance. Society of Actuaries. 1988.

Pauly, M. V., McGuire, T. G., Barros, P. P. (2011) (editors). Handbook of Health Economics, Elsevier, Volume 2, 2011.





ANÁLISE JURÍDICA DO SETOR DE SAÚDE SUPLEMENTAR

MINISTRO MARCO AURÉLIO MELLO

Ministro Marco Aurélio Mello

Ministro do Supremo Tribunal Federal. Presidente do Supremo Tribunal Federal (maio de 2001 a maio de 2003) e do Tribunal Superior Eleitoral (junho de 1996 a junho de 1997, maio de 2006 a maio de 2008 e novembro de 2013 a maio de 2014). Presidente do Supremo Tribunal Federal, no exercício do cargo da Presidência da República do Brasil, de maio a setembro de 2002, em quatro períodos intercalados.

“Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana.”

Ingo Wolfgang Sarlet





Introdução

O Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais da Magistratura (COPEDEM), a Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e o Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS) honraram-me com convite para participar de obra coletiva versando os temas abordados no IX Congresso Jurídico de Saúde Suplementar, realizado em Brasília/DF, em agosto de 2019.

Análise jurídica do segmento privado de prestação de serviços de saúde, no que reveladas significativas abrangência, relevância e atualidade, envolve os trinta anos de interpretação do texto constitucional relativamente à matéria. O Supremo mostra-se uma clínica geral. Quando cogita haver se manifestado em todos os embates imagináveis, surge questão nova, a desafiar, sob o ângulo técnico e humanístico, os integrantes.

O quadro vivenciado no País – tempos estranhos, em que o dito passa pelo não dito, o certo pelo errado, e vice-versa – torna-se agudo ante os desafios decorrentes da pandemia ocasionada pelo novo coronavírus, declarada em 11 de março último, considerado decreto da Organização Mundial da Saúde (OMS)². Em época de crise, devem-se guardar princípios e até mesmo ser ortodoxo, evitando o predomínio de critérios circunstanciais, destoantes de valores perenes. Repito à exaustão: a Constituição Federal consagra, acima de tudo, a ordem natural das coisas, não possuindo normas em prejuízo de outras. Deve-se perceber essa verdade maior, sob pena de grassar a insegurança jurídica.

1 - Os direitos fundamentais no âmbito da Constituição, de 1988

No discurso do histórico 5 de outubro, Ulisses Guimarães afirmou que a Nação queria mudar, deveria mudar, mudaria. E mudou. A Constituição, de 1988, completou três décadas, regendo o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do País. O Supremo tem sido protagonista nessa transformação, interpretando o texto aprovado pelos representantes do povo e demonstrando à população o papel da Justiça no avanço da sociedade.

² Dados da OMS apontam que o número de infectados e mortos atingiu, respectivamente, 11.468.979 e 531.181 pessoas no cenário global, 1.603.055 e 64.867, no Brasil. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em: 7 jul. 2020.



A Carta da República, elaborada em meio à “onda de democratização”³ ocorrida na segunda metade do século XX, reflete o modelo constitucional então predominante nas democracias ocidentais, a versar amplo catálogo de direitos fundamentais e sociais, dotados de extraordinária força axiológica e normativa⁴.

Diplomas dessa natureza repercutem nas instituições, considerada a autoridade para concretizar a “carta de direitos”. No Brasil pós-1988, esse quadro se revela no fortalecimento da jurisdição constitucional, da estrutura de competências e dos poderes do Supremo. O trabalho de interpretação desenvolvido pelos ministros reunidos em Colegiado mostra-se essencial à definição das fronteiras de poder, seja do Estado perante os cidadãos, seja dos órgãos de governo entre si.

Ainda há muito a realizar. Inscritas nessa engenharia, existem promessas, sobretudo no campo social, pendentes de aperfeiçoamento. Nada disso leva ao descrédito da Lei Maior, no que a realização de um projeto constitucional é sempre um movimento, uma trajetória, uma construção. Nenhuma Constituição é obra acabada. A legitimidade depende não apenas da qualidade do texto e do arranjo político-institucional estabelecido, mas também do empenho da sociedade⁵.

A assegurar a estabilidade das normas, considerado o transcorrer do tempo, a segurança jurídica surge como pilar do Estado de Direito. Ganhou, na Constituição, de 1988, disciplina veiculada no principal rol de garantias, a partir da cabeça do artigo 5º, a exemplo das alusivas à irretroatividade, à anterioridade, à anualidade, à proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, bem assim aos princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva, a exigirem, do legislador, previsibilidade, clareza e, da Administração Pública, conduta honesta, leal, coerente com atuação anterior⁶.

³ Cf. HUNTINGTON, Samuel P. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. Norman: University of Oklahoma Press, 1991.

⁴ Como bem disse o mestre José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 89), a Constituição de 1988 é “um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial”, “um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral”.

⁵ BALKIN, Jack M. *Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 8-16.

⁶ Sobre esses elementos da segurança jurídica, cf. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.



José Joaquim Gomes Canotilho leciona que o indivíduo precisa ter segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a vida, confiando nos atos do Poder Público e na ordem constitucional. Nessa esteira, a proteção dos direitos fundamentais, inafastáveis da dignidade humana, só pode ser assegurada em contexto mínimo de segurança jurídica⁷.

2 - Balizas normativas alusivas ao segmento de saúde suplementar

Na Constituição, de 1988, às garantias individuais típicas do Estado liberal, somaram-se os direitos sociais e econômicos, a imporem prestações positivas voltadas à satisfação das necessidades básicas da coletividade. Tem-se, como fundamento último do dever estatal, o princípio da dignidade da pessoa humana na dimensão do mínimo existencial.

Segundo o modelo desenhado no artigo 196⁸, cabe ao Estado prestar, prioritariamente, os serviços de saúde, de forma universal e igualitária. Com fundamento no preceito, foram proferidas decisões reconhecendo a obrigação estatal de fornecer a assistência à saúde no que necessária à conservação da vida⁹, matéria objeto de substancial contencioso nos graus ordinários de jurisdição¹⁰.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 6, n. 371, 17 jan. 2006.

⁸ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

⁹ A título de exemplo, recurso extraordinário nº 273.834/RS, relator ministro Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça, de 24 de novembro de 2000: “O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”.

¹⁰ Para um panorama a respeito da evolução jurisprudencial sobre o tema, v. GOUVÊA, Marcos Maselli, O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA, Emerson (Coord.). A efetividade dos direitos sociais, 2004. p. 208-9. .



Em múltiplos pronunciamentos¹¹, fiz ver que o direito à saúde decorre da aplicabilidade imediata do citado dispositivo, urgindo atentar-se para o objetivo maior do Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto.

O sentido das palavras que emanaram do legislador é apenas um, fazendo-se necessário repeti-lo a mais não poder. A rigidez dogmática auxilia nas percepções de realização da Justiça, garantindo-se ao cidadão o sentimento de estabilidade na prestação jurisdicional e de menos campo à subjetividade. Cumpre investir em padrões mais afeitos à realidade, mantendo-se a atividade judicante, acima de tudo, vinculada ao Direito positivo.

Todavia, a quadra vivida sinaliza deficiências na prestação de serviços públicos, impossibilitando o alcance do propósito delineado. A esse cenário acrescem a contínua especialização da medicina e o incremento dos gastos. Embora a carga tributária, no Brasil, esteja entre as maiores do mundo, os custos envolvidos na saúde pública têm superado os limites suportáveis. Gustavo Amaral, revisando literatura especializada, aponta o aumento exponencial das despesas na área¹². Esses elementos reforçam o papel, fundamental ao equacionamento do problema, desempenhado pelo setor de saúde suplementar. Observem a definição do termo por Gabriel Schulman:

Entende-se por “saúde suplementar” a esfera de atuação dos planos de saúde. A locução denomina, por conseguinte, a prestação de serviços de saúde, realizada fora da órbita do Sistema Único, vinculada a um sistema organizado de intermediação mediante pessoas jurídicas especializadas (operadoras de planos de saúde). Em palavras mais adequadas às interfaces entre público e privado, a saúde suplementar configura a prestação privada de assistência médico-hospitalar

¹¹ Agravo de instrumento nº 232.469/RS, decisão monocrática, de 12 de dezembro de 1998, publicada no Diário da Justiça, de 23 de fevereiro de 1999; recursos extraordinários nº 244.087/RS, decisão monocrática, de 14 de setembro de 1999, publicada no Diário da Justiça, de 29 de outubro subsequente; 247.900/RS, decisão monocrática, de 20 de setembro de 1999, publicada no Diário da Justiça, de 27 de outubro seguinte; 247.352/RS, decisão monocrática, de 21 de setembro de 1999, publicada no Diário da Justiça, de 27 de outubro de 1999; agravo regimental no agravo de instrumento nº 238.328/RS, Segunda Turma, julgado em 16 de novembro de 1999, acórdão publicado no Diário da Justiça, de 18 de fevereiro de 2000, todos da minha relatoria.

¹² AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da prática judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde, 2011, p. 90



na esfera do subsistema da saúde privada por operadoras de planos de saúde¹³.

Segundo informações da Agência Nacional de Saúde Suplementar¹⁴, em março de 2019, a cobertura dos serviços privados de assistência médica e hospitalar alcançava 47.053.184 pessoas, aproximadamente 25% da população¹⁵. Os planos odontológicos possuíam 24.479.494 contratos, correspondendo a mais de 10% dos cidadãos. O crescimento do número de segurados foi, entre 2003 e 2011, de 52%, superior ao verificado em outros setores da economia. E é também por meio das operadoras que os indivíduos das classes menos abastadas têm acesso a modernos tratamentos.

A possibilidade de agentes privados prestarem serviços de saúde encontra-se estampada no artigo 199 da Constituição da República¹⁶. Essa natureza híbrida – implementação por particulares em atendimento a interesse público – fomenta controvérsias quanto à aplicação de normas cogentes e dispositivas.

A disciplina do sistema de saúde suplementar foi iniciada com a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, mediante a qual estabelecidas condições favoráveis aos beneficiários, particularmente quanto à explicitação das condições básicas do plano de referência e à exigência de higidez financeira das operadoras. A finalidade é óbvia: o resguardo da coletividade.

No campo regulatório, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, criada por meio da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, e vinculada ao Ministério da Saúde, possui atribuição

¹³ SCHULMAN Gabriel. Planos de saúde, 2009, p. 201. É importante distinguir, na visão do autor, a atuação da Administração Pública por intermédio da contratação de agentes privados, prevista no artigo 197 da Constituição Federal, daquela realizada por conta própria dos particulares, versada no artigo 199 da Lei Maior. No primeiro caso, não está em jogo o setor de saúde suplementar.

¹⁴ Caderno de Informação da Saúde Suplementar: Beneficiários, Operadores e Planos, jun. 2019. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Dados_e_indicadores_do_setor/total-cad-info-jun-2019.pdf. Acesso em: 7 jul. 2020.

¹⁵ Segundo Luciano Tadeu Telles, em Planos privados de assistência à saúde: aspectos polêmicos à luz da Lei nº 9.656/98, Repertório IOB de Jurisprudência n. 6, p. 132, 2ª quin. mar. 2000: “Os planos foram constituídos inicialmente para a prestação de serviços médicos de menor complexidade [...]. Todavia, com o passar dos anos, além dos atendimentos simples, considerando a manifesta ineficiência dos recursos disponibilizados pelo SUS, as empresas operadoras dos planos viram-se na obrigação de ampliar sua área de atuação, oferecendo serviços complexos e, indiretamente, assumindo a função inerente inicialmente ao Estado”.

¹⁶ Constituição Federal: “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.



de normatizar, controlar e fiscalizar as atividades de assistência suplementar à saúde. Tem-se autarquia especial¹⁷ submetida à legalidade estrita, atuando não no campo da criação ou restrição de direitos, mas no técnico¹⁸.

3 - A saúde suplementar na óptica do Supremo Tribunal Federal

Levando em conta a ampla pretensão normativa da Constituição, a judicialização de temas sensíveis tem sido corriqueira na política nacional. Ao Supremo incumbe pronunciar-se acerca da questão, sob pena de negar o acesso à Justiça e à efetividade da prestação jurisdicional. Deve exercer essa competência com prudência, atento aos limites da atuação e à racionalidade das decisões.

São dois os questionamentos recorrentes na jurisprudência do Tribunal, conforme revelado em pesquisa no repositório. O primeiro é alusivo à atribuição normativa para dispor sobre planos de saúde. O segundo refere-se à retroatividade, ou não, dos parâmetros fixados na Lei nº 9.656, de 1998.

Não raro, Estados e Distrito Federal legislam sobre os planos de assistência médica e hospitalar, sob o ângulo da proteção do usuário, observada a competência concorrente em matéria de direito do consumidor – artigo 24, inciso V, da Constituição Federal.

Na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.595, relator ministro Nelson Jobim, buscou-se a declaração de incompatibilidade, com a Carta da República, da Lei nº 9.495, de 4 de março de 1997, do Estado de São Paulo, a versar proibição, às empresas de seguro saúde, de imporem restrição a serviço requisitado por beneficiário. O Tribunal implementou medida acauteladora assentando a competência da União para legislar, em termos de contratos de planos de saúde, sobre direito civil e comercial. O acórdão ficou assim resumido:

Constitucional. Lei estadual que estabelece universalidade da cobertura por empresas privadas nos contratos de seguro

¹⁷ O Decreto-Lei nº 200, de 1967, define autarquia como “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita própria, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

¹⁸ Conforme lição de Leila Cuéllar (Introdução às agências reguladoras brasileiras. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 57-59), no âmbito da regulamentação, descabe contrariar a lei e o direito, ignorar o princípio da tipicidade, impor restrições à liberdade, à igualdade e à propriedade, ou determinar alteração do estado das pessoas.



saúde. Competência da União para legislar sobre direito civil e comercial. Art. 22, I, da CF. Impossibilidade em face do negócio jurídico sinalagmático. Liminar deferida.

Ao examinar, em 7 de fevereiro de 2018, a ação direta de nº 4.512, relatora ministra Cármen Lúcia, o Colegiado julgou improcedente o pedido, reconhecendo a constitucionalidade da Lei nº 3.885, de 20 de abril de 2010, editada pelo Estado de Mato Grosso do Sul, a prever obrigação de os planos de saúde fornecerem informações e documentos justificando eventual recusa a procedimento, tratamento ou internação. Concluiu revelar, a norma estadual, adensamento do direito à informação, encerrado nos artigos 5º, inciso XIV, da Carta da República; 4º, inciso IV; 6º, inciso III; e 55, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Na Sessão Virtual de 7 a 13 de fevereiro último, apreciando a ação direta de nº 4.818, relator ministro Luiz Edson Fachin, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 9.851, de 6 de junho de 2012, do Espírito Santo, mediante a qual estabelecido tempo máximo para atendimento de paciente usuário de plano particular, presente a atribuição normativa privativa da União para dispor sobre direito civil, comercial e política de seguros – artigo 22, incisos I e VII, da Lei Maior.

Na oportunidade, formei na corrente minoritária, entendendo ter-se manifestação do exercício da competência concorrente para elaborar normas sobre direito do consumidor, no que autorizada a complementação, em âmbito local, de legislação da União, com a ampliação da proteção aos usuários.

Uma vez preservado o núcleo de obrigações assumidas em contrato, o texto constitucional não impede que disciplina estadual venha a impactar a atividade desempenhada no campo da saúde suplementar. Vencido, mas não convencido, manifestei-me no mesmo sentido nas ações diretas de números 4.445 e 5.173, relator ministro Gilmar Mendes, com acórdãos publicados no Diário da Justiça eletrônico, de 4 e 17 de dezembro de 2019, respectivamente.

Por meio do artigo 35 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, veiculou-se incidência, considerados contratos celebrados anteriormente ao advento do diploma, do novo regramento alusivo a planos de saúde. O relator do projeto assim justificou o dispositivo:

54. As empresas operadoras de planos de saúde, constituídas anteriormente às regras estabelecidas nas duas normas questionadas nesta ação, já atuavam no mercado como prestadoras de serviços de assistência à saúde e, por isso mesmo, ainda que não regulamentadas especificamente suas



atividades, funcionavam aos olhos da Administração Pública na forma da legislação civil. Portanto, do ponto de vista da sua constituição, não se trata de empresas que não possam ter suas atividades mercantis resguardadas pela lei.

55. Assim sendo, os contratos assinados com os consumidores antes da nova legislação não podem ser modificados pelas regras ora impostas, sob pena de violação ao princípio do direito adquirido e também ao ato jurídico perfeito – garantias protegidas pelo mandamento constitucional (CF, artigo 5º, inciso XXXVI).

56. Por isso, § 2º do artigo 10 da Medida Provisória 1.730/98, com as alterações introduzidas pela MP 1908-18/99, quando obriga os agentes da requerente, a partir de 3 de dezembro de 1999, a submeter os atuais consumidores, subscritores de contratos antigos, ao chamado plano-referência, viola o inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal.

Na apreciação, em 21 de agosto de 2003, em sede liminar, da ação direta de inconstitucionalidade nº 1.931, relator ministro Maurício Corrêa, o Tribunal assentou a impossibilidade de aplicação retroativa dos parâmetros revelados na norma. Eis a ementa confeccionada:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. ACÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO. 1. Propositura da acção. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de acção direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários. 2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade. 3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal. 4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara





de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada. 5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, caput e parágrafos 1º e 2º, da Medida Provisória 1730-7/98. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovida pela medida provisória superveniente. 6. Artigo 35-G, caput, incisos I a IV, parágrafos 1º, incisos I a V, e 2º, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação. 7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 190818/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão “atuais e”. Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 217744/2001) e da expressão “artigo 35-E”, contida no artigo 3º da Medida Provisória 1908-18/99.

Redistribuída à minha relatoria, o Pleno, por ocasião do exame do mérito, em 7 de fevereiro de 2018, declarou, a uma só voz, o prejuízo quanto aos artigos 10, inciso VI; 12, incisos I, alínea “c”, e II, alínea “g”, parágrafos 4º e 5º, e 32, parágrafos 1º, 3º, 7º e 9º¹⁹. Na parte remanescente, julgou parcialmente procedentes os pedidos, proclamando a inconstitucionalidade dos artigos 10, § 2º; e 35-E da Lei, bem como do artigo 2º da Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001.

A controvérsia alusiva à aplicação retroativa de normas envolvendo contratos de planos de saúde, à luz do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, também foi objeto do Recurso Extraordinário nº 578.801, relatora ministra Cármen Lúcia, o qual teve a

¹⁹ Com as alterações promovidas, nos preceitos impugnados, pelas Leis nº 10.223/2001, 11.935/2009, 12.469/2011, 12.738/2012, 12.880/2013 e 13.003/2014 e a ausência de aditamento da requerente, o surgimento de novo quadro normativo suplantou, campo abstrato, o ato impugnado no âmbito do controle concentrado.





repercussão geral reconhecida em 17 de outubro de 2008 – Tema nº 123. Ante a homologação de acordo firmado entre as partes, o Colegiado substituiu o paradigma pelo Extraordinário de nº 948.634, relator ministro Ricardo Lewandowski, pendente de pronunciamento de mérito.

O Plenário trouxe à ribalta da repercussão maior, por meio do Recurso Extraordinário nº 630.852, relatora ministra Rosa Weber, discussão concernente à pertinência do Estatuto do Idoso, considerado contrato prévio celebrado com operadora – Tema nº 381. Analisado o processo na Sessão Virtual, de 19 a 26 de junho de 2020, a relatora assinalou compor o § 3º do artigo 15 do Estatuto “espectro de normatividade pública com efeito imediato e sobrepujante em relação aos interesses individuais, a prestigiar a finalidade social de proteção especial à saúde do idoso e a garantia da dignidade como valor-fonte”. Eis a tese proposta:

A garantia constitucional do ato jurídico perfeito não elide a incidência da Lei 10.741/2003 – a vedar a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade –, quando o ingresso em faixa etária diferenciada for posterior à vigência do denominado Estatuto do Idoso (1º.1.2004), ainda que se trate de contratos de plano de saúde anteriormente firmados.

Formalizei voto divergente, no sentido da incompatibilidade, com a Constituição Federal, da observância do Estatuto do Idoso em relação a contrato de plano de saúde firmado em momento anterior ao da vigência do diploma. O julgamento foi suspenso em virtude de pedido de vista do ministro Dias Toffoli.

Surge incompatível com o regime democrático, presente a garantia constitucional alusiva à segurança jurídica, o afastamento, mediante aplicação de lei nova, de ato jurídico perfeito e acabado, revelado por instrumentos contratuais, modificando-se as regras balizadoras. Descabe potencializar a eficácia de lei a ponto de suplantar preceito constitucional, isso a partir de interpretação.

A paz social baseia-se na confiança mútua e, mais do que isso – em proveito de todos, em prol do bem comum –, no respeito a direitos e obrigações estabelecidos. Em assim não sendo, ter-se-á o caos, a unilateralidade das definições, deixando de prevalecer os compromissos assumidos, como se a lei vigente fosse a da selva, e não a de um mundo desenvolvido.





4 - A segurança jurídica e a atuação judicante

Considerado o pensamento clássico, o Direito atua na proteção de dois valores de elevada importância para a sociedade: justiça e segurança jurídica. A vida gregária não convive bem com sobressaltos. O Estado existe para proporcionar a almejada estabilidade. O preço – módico – que se paga por viver em uma sociedade dita democrática é o respeito irrestrito às regras estabelecidas, as quais, se, de um lado, suscitam interpretação, de outro ensejam prática que não pode descambar para criar-se o critério de plantão.

Que condição se destaca quando se fala em segurança jurídica? A irretroatividade da norma. Conserta-se para o futuro, não para o passado, tendo em conta a regência pretérita. Bem diz José Afonso da Silva que a lei vigora, vige e produz efeitos para o futuro. Com a edição, quer-se a certeza quanto ao que pode e ao que não pode acontecer. A interpretação consiste em ato de vontade norteado pela ciência e, especialmente, pela formação humanística de quem a implementa.

Afirmar-se-á que a Constituição Federal prevê a irretroatividade somente no tocante às matérias tributárias – já que tributo novo não pode incidir sobre fato gerador anterior, descabe modificação substancial de forma retroativa – e à lei penal – retroage apenas para beneficiar o acusado.

Indaga-se: Essas referências, em campos realmente sensíveis – o primeiro abrindo caminho à morte civil e o segundo envolvendo a liberdade de ir e vir –, esgotam os temas em relação aos quais a lei não pode dispor sobre fatos – gênero – pretéritos? A resposta é desenganadamente negativa, a menos que os preceitos contidos a partir do artigo 5º, cabeça, da Carta da República, a encerrarem o princípio da segurança jurídica, sejam olvidados.

É preciso concretizar intenções e, para isso, há a Lei Maior, situada no ápice da pirâmide das normas jurídicas – alcançando também disciplina atinente à ordem pública, com dispositivos imperativos –, a Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete.

Conclusão

O direito à saúde atende a um bem maior do homem, a dignidade que lhe é própria, erigida a epicentro da ordem jurídica – artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Ante a deficiência da prestação, pelo Estado, de serviços voltados à concretização desse direito, a atuação suplementar do mercado tornou-se condição básica a uma vida mais tranquila. A significativa majoração no número de contratos foi acompanhada do



crescimento da litigância sobre o tema, a revelar a necessidade de interpretação clara, objetiva e eficiente dos parâmetros normativos²⁰.

O Direito há de minimizar os riscos das incertezas, prestigiando valores caros aos cidadãos, em especial a segurança e a liberdade no âmbito da economia. A segurança jurídica mostra-se essencial à manutenção do mercado de seguros de saúde, cabendo ao Judiciário observância à norma legal sem caminhar para o paternalismo jurídico – distorção decorrente do esquecimento de que protecionista é a lei, e não o julgador – a reclamar do Estado apoio e financiamento a qualquer projeto.

Conforme fiz ver em diversas oportunidades ao longo de mais de quarenta anos de judicatura, impõe-se, sobretudo em tempos de crise, o dever de guardar princípios e regras, garantir o respeito à Constituição Federal, à Lei das leis. O preço pago por se viver em uma democracia não chega a ser exorbitante, estando ao alcance de todos: o respeito irrestrito, seja ao que previamente ajustado entre as partes, seja ao arcabouço normativo, sobretudo àquele engendrado em sede constitucional.

Urge o restabelecimento da confiança na força normativa da Constituição Federal, a qual não há de ser tida como documento lírico, passível de metamorfose em função dos acontecimentos e da vontade das maiorias reinantes.

O Brasil não precisa de mais leis. Precisa fomentar cultura de respeito às existentes, aos pactos firmados, considerado o princípio da segurança jurídica. Eis o farol a guiar a atuação no âmbito da saúde suplementar.

²⁰ Antonin Gregory Scalia, Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, advertia que “juízes, em um sentido real, ‘criam’ direito. Mas eles o fazem como juízes, é dizer, fazendo de conta que o ‘encontram’”. Ver GONÇALVES, Gabriel Accioly. O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 181.





JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

CANDICE LAVOCAT GALVÃO JOBIM / RAMIRO NÓBREGA SANT ´ANA

Candice Lavocat Galvão Jobim

Mestre em Direito pela *University of Texas at Austin*. Juíza Federal do TRF1. Conselheira do CNJ. Supervisora do Fórum Nacional da Saúde do CNJ.

Ramiro Nóbrega Sant ´Ana

Doutor e Mestre em Direito. Pesquisador Visitante da *Harvard Law School*. Defensor Público do Distrito Federal. Membro do Fórum Nacional da Saúde do CNJ. Professor da Graduação e Pós-Graduação do Instituto de Direito Público – IDP.





INTRODUÇÃO

“O desejo da igualdade se torna sempre mais insaciável à medida que a igualdade é maior”¹. Alexis de Tocqueville foi o primeiro a identificar esse paradoxo presente na estrutura da sociedade moderna: o anseio pela igualdade se intensifica em cada passo rumo à igualização das circunstâncias. Daí decorre que, à medida que as distinções de classe em nossa sociedade são reduzidas, tornam-se ainda menos toleráveis as diferenças remanescentes².

A sociedade brasileira de 2020 é muito mais complexa que a sociedade norte-americana observada por Tocqueville no início do século XIX, contudo, o sentimento por ele observado é o mesmo lá e cá: as pessoas querem, para si, o melhor que está disponível na sociedade. Na saúde esse desejo é ainda mais intenso, pois, nessa área, a desigualdade fere os olhos de quem observa as mazelas e revolta aqueles que sofrem com a desassistência.

O desenvolvimento tecnológico da saúde trouxe avanços ou mesmo a cura para diversos males. Para cada doença, ainda que rara, corresponde algum tratamento curativo ou, ao menos, paliativo. Na esteira do notável desenvolvimento dos tratamentos disponíveis, cresceu o desafio imposto ao acesso: como dar acesso mais amplo à população a tratamentos cada vez mais custosos? Mais que isso: como dar acesso a todos à celeridade e conforto no atendimento que os melhores planos de saúde ofertam aos seus clientes?

O Brasil de 2020 tem de lidar com diversas contradições e assimetrias no acesso à saúde. Os melhores hospitais brasileiros oferecem serviços de ponta e a regulação dos planos de saúde garante celeridade nos atendimentos.³ Ocorre que os serviços de saúde ofertados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) estão limitados a um rol específico de procedimentos e produtos, e muitos tratamentos comumente ofertados pela iniciativa privada estão indisponíveis do SUS. Além disso, mesmo no âmbito da saúde suplementar, é cada vez maior o descompasso entre a cobertura ofertada pelos “planos acessíveis ou populares” e os planos de saúde mais sofisticados. E mesmos os planos com cobertura ampliada não têm condições de prever e incorporar imediatamente todos os novos tratamentos que surgem quase diariamente mundo afora.

¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Belo Horizonte, Editora Itatiaia, 1998, p. 411.

² NGER, R. M. **O Direito na Sociedade Moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p. 184.

³ Vide Resolução Normativa 259 da Agência Nacional de Saúde Suplementar.



Mas Tocqueville nos lembra que o desejo por igualdade é insaciável – e os pacientes brasileiros querem ser tratados em pé de igualdade com os pacientes dos países desenvolvidos. E os brasileiros mais pobres querem o mesmo tratamento dado aos pacientes mais ricos. E todos, sem exceção, querem tratamento digno.

Nesse contexto, o crescimento da Judicialização da Saúde é compreensível e, mais que isso, esperado. As instituições, contudo, não contaram com muito tempo para se adaptar ao rápido crescimento das demandas por saúde levadas ao Sistema de Justiça, especialmente porque o movimento da judicialização inicialmente voltado para o SUS ganhou espaço também na saúde suplementar. Aliás, nos últimos anos, a judicialização tem crescido mais intensamente na seara privada do que na pública.

O presente capítulo se debruça sobre o desenvolvimento da Judicialização da Saúde no Brasil, sobre seus desdobramentos nos sistemas público e privado, bem como sobre as soluções institucionais que têm sido implementadas.

Para tanto, inicialmente expomos o contexto do desenvolvimento do sistema de saúde brasileiro após a profunda reformulação de modelo que foi consagrada na Constituição de 1988, notadamente quanto ao estabelecimento de um mix público-privado com acentuadas contradições entre o modelo institucional e a prática das políticas sociais e econômicas.

Em seguida, o texto se volta para os contornos do surgimento da judicialização da saúde no Brasil, bem como para a análise das primeiras iniciativas do Poder Judiciário para lidar com esse fenômeno.

Por fim, nos voltamos para o momento atual da Judicialização da Saúde e as iniciativas institucionais do Conselho Nacional de Justiça, que estabeleceu um conjunto de políticas judiciárias em articulação com instituições da Saúde e do Sistema de Justiça para obter resultados cada vez mais positivos na interface entre direito e saúde.

1) CONTEXTO DO DESENVOLVIMENTO DA SAÚDE NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988: A DUALIDADE PÚBLICO-PRIVADA.

A Constituição 1988 prevê em seu artigo 198 a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, com diretrizes claras de um Sistema Nacional de Saúde com inspiração na matriz inglesa. Ao mesmo tempo, a Constituição assegura à iniciativa privada na assistência à saúde (art. 199), bem como autoriza o Poder Público a realizar a execução dos serviços de saúde por pessoa jurídica de direito privado (art. 197), que atuará de forma complementar ao SUS.





O caráter híbrido do sistema brasileiro, conforme delineado na própria Constituição, decorre de o SUS não ter nascido com característica estatizante, pois “tem tradição de compor as representações estatal e privada, particularmente a tradição de trabalhar com filantrópicas, as Santas Casas, e posteriormente com as Organizações Não-Governamentais (...)”⁴. A participação dessa multiplicidade de atores foi marcante na formulação do texto constitucional por sua influência tanto na 8ª Conferência Nacional de Saúde quanto, principalmente, na Comissão Nacional de Reforma Sanitária (CNRS) e na Constituinte.⁵

A formação do SUS, que segue os princípios clássicos de um Sistema Nacional de Saúde, se deu no contexto de existência de um forte segmento de prestadores e de empresas de assistência privada de saúde⁶. Esse cenário pode ser apontado como uma das causas de reprodução da dependência histórica em relação a esse segmento privado, pois é no setor privado que o SUS contrata grande parte dos serviços de saúde ofertados à população. A forte presença de prestadores privados é, portanto, marca distintiva do sistema de saúde brasileiro que persistiu, a despeito da estruturação do SUS nas últimas décadas.⁷

Assim, o sistema privado no Brasil é denominado “suplementar” pela Constituição, mas, apesar de realmente possuir esse atributo, sua característica proeminente é a “duplicação” da cobertura ofertada pelo serviço público. No Reino Unido (inspiração do modelo brasileiro), o sistema privado também teve como função proeminente a “duplicação” em relação ao serviço público, ofertando aos seus consumidores um sistema alternativo e paralelo de entrega de serviços de saúde⁸. Estudos mais recentes,

⁴ CAMPOS, G. W. S. O público, o estatal, o privado e o particular nas políticas de saúde. In: HEIMANN, L. S.; IBANHEZ, L. C.; BARBOZA, R. (Org.). **O público e o privado na saúde**. São Paulo: Hucitec, 2005, p. 93.

⁵ PAIM, J. S. **Reforma Sanitária Brasileira: contribuição para a compreensão e crítica**. Salvador: Edufba, 2013, *passim*.

⁶ SANTOS, I. S.; SANTOS, M. A. B.; BORGES, D. C. L. Mix Público-Privado no Sistema de Saúde Brasileiro: realidade e futuro do SUS. In: **A Saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v. 4, 2013, p. 78.

⁷ SANTOS, M. A. B. Rede de Prestadores e Produção de Serviço. In: **A Saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v. 4, 2013, p. 81.

⁸ COLOMBO, F.; TAPAY, N. Private Health Insurance in OECD Countries: the Benefits and Costs for Individuals and Health Systems. **OECD Health Working Paper**, OECD Publishing, Paris, n. 15., 2004, p. 14.

Vale destacar que situação semelhante ocorre na Austrália, na Espanha e na Irlanda.



contudo, já apontam a função suplementar como mais recorrente⁹.

A despeito da função desempenhada, se de duplicação ou de suplementação, é fato que a maior parte do investimento privado no Reino Unido está concentrado em um nicho pequeno, orientado e estável no tempo, que tem mantido papel de certa dependência em relação ao setor público para obter seus recursos humanos primários¹⁰. Aliás, de forma geral, nos países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), o mercado privado tem assumido papel de suporte ao setor público¹¹. A situação é diferente nos países onde o mercado privado é a fonte primária de cuidado, como nos EUA, pois a cobertura privada se mostra mais abrangente¹². No Brasil, por sua vez, o setor privado tem ampliado intensamente sua cobertura, tanto no número de usuários quanto nas opções de serviços ofertados e, mesmo para os padrões dos países emergentes, é peculiar a elevada participação do mercado de seguros na configuração do sistema de saúde.¹³

A análise do sistema brasileiro de saúde permite afirmar que, embora tenha-se optado corretamente¹⁴ pela cobertura universal, as características do sistema são destoantes do modelo escolhido. Isso porque a relação público-privado se estruturou em bases que permitiram a sedimentação de um amplo sistema privado paralelo aliado à forte segmentação do acesso à saúde. Além disso, no que concerne à função desempenhada pelo mercado de seguros de saúde, esta é predominantemente duplicada, e não suplementar, como prevê a Constituição de 1988.

O complexo e peculiar contexto que, resumidamente, está exposto acima, reflete na avaliação que os próprios órgãos governamentais fazem sobre o sistema brasileiro de

⁹ SAGAN, A.; THOMSON, S.. Voluntary health insurance in Europe: role and regulation (Observatory Studies Series, 43). **WHO Regional Office for Europe/European Observatory on Health Systems and Policies**, Copenhagen, 2016, p. 13.

¹⁰ TUOHY, C. *et al.* How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations. **Journal of Health Politics, Policy and Law**, Duke University Press, v. 29, n. 3, pp.359-396, 2004, p. 362

¹¹ COLOMBO, F.; TAPAY, N., op. cit., loc. cit.

¹² *Ibidem*, p. 15.

¹³ COSTA, N. R.; VAITSMAN, J.. Universalization and Privatization: How Policy Analysis can Help Understand the Development of Brazil's Health System. **Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice**, v. 16, n. 5, pp. 441-456, out/2014, p. 454.

¹⁴ A cobertura universal é, sem margem para dúvidas, a forma mais efetiva de organização de um sistema de saúde, tanto que está em expansão. Nesse sentido, conferir: BRITNELL, M. **In Search of the Perfect Health System**. Londres/Nova Iorque: MacmillanEducation/Palgrave, 2015, pp. 154-155.



saúde. A Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), por exemplo, afirma que a “organização dos serviços de saúde no Brasil é do tipo misto, com um sistema público de acesso universal (SUS) e um sistema privado de seguros e planos de saúde, sendo que a cobertura deste último está claramente relacionada ao nível de renda (...)”¹⁵. Da mesma forma, vários pesquisadores brasileiros¹⁶ e estrangeiros¹⁷ afirmam ser “misto” o sistema brasileiro. Embora tal taxonomia não represente a complexidade da realidade institucional do SUS, ela ilustra bem o papel estrutural da iniciativa privada.

Feitas tais considerações, é possível afirmar, também, que a conformação atual do modelo brasileiro resultou em arranjo institucional cujos resultados são mais próximos ao modelo norte-americano – segmentado e com forte participação do setor privado¹⁸ – do que ao paradigma britânico.

Dessa forma, o setor privado segue o seu “processo de autonomização em relação ao setor público”¹⁹, contudo, é “inegável que todo esse processo já representa um patamar muito mais civilizado do que o cenário no qual os planos de saúde eram comercializados como simples mercadorias de consumo opcional”²⁰. A observação dessa tensão à luz do texto constitucional permite perceber que ora se faz valer a cláusula de livre iniciativa do *caput* do artigo 199, ora se dá primazia ao controle estatal previsto no *caput* do artigo 197, que define serem de “relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle”.

A segmentação da função do Poder Público de regular a saúde, por meio da atribuição da regulação do setor suplementar à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), tem

¹⁵ FIOCRUZ. **As Causas Sociais das Iniquidades em Saúde no Brasil**. Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008, pp. 73-74.

¹⁶ MENICUCCI, T. M. G. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 161.

¹⁷ GLOPPEN, Siri. **Litigating Health Rights: Framing the Analysis**. In: GLOPPEN, Siri. **Litigating Health Rights: Can Courts Bring more Justice to Health**. Cambridge: Harvard University Press, 2011, pp. 19-20.

¹⁸ Nos Estados Unidos, além de o setor privado desempenhar a função primária e principal do sistema de saúde, o mercado de seguros ainda oferece produtos para contratação de cobertura suplementar e complementar (COLOMBO, F.; TAPAY, N., op. cit., p. 12).

¹⁹ MENICUCCI, T. M. G. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 161.

²⁰ BAHIA, L.; SCHEFFER, M. Planos e seguros privados de saúde no Brasil: lacunas e perspectivas da regulamentação. In: HEIMANN, L. S.; IBANHEZ, L. C.; BARBOZA, R. (Orgs.). **O público e o privado na saúde**. São Paulo: Hucitec, 2005, p. 167.



despertado todo tipo de controvérsia, que vai desde a percepção de cooptação da regulação governamental pelos interesses dos grupos privados até críticas à excessiva regulação (v.g., rol de coberturas mínimas obrigatórias que conduziriam ao aumento do preço dos planos de saúde). O desdobramento dessa tensão tem consequências na organização do setor.

O acentuado avanço da saúde suplementar é muito bem retratado pelos dados divulgados periodicamente pela ANS. Nos últimos 15 anos, o aumento do número de usuários de planos de saúde foi superior a 60%: um salto de 30 milhões de usuários em 2000 para um pico de 50 milhões entre 2014 e 2015. No período que coincide com a recente crise econômica, o número de segurados sofreu discreta redução e, em março de 2020, chegou à marca de 47.113.437 de usuários. Os números correspondem a uma cobertura de quase $\frac{1}{4}$ (um quarto) da população brasileira.

A contextualização acima realizada aponta que o sistema privado é protagonista ao lado do SUS na oferta de saúde à população. Embora a articulação entre público e privado seja intensa tanto na oferta como no financiamento das ações e serviços de saúde, certo é que o setor privado tem vida autônoma e dinâmica própria. Por tal razão, a adequada regulação desse setor é de extrema relevância para definir os contornos da saúde ofertada a todos cidadãos brasileiros – o interesse não é apenas dos clientes da saúde suplementar. O mesmo raciocínio vale para a judicialização da saúde, que passa a ser nosso foco a partir do próximo tópico.

2) JUDICIALIZAÇÃO NOS ANOS 2000: CONTEXTO DO SURGIMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO A CONHECEMOS

A judicialização da saúde tem ganhado expressão cada vez maior no debate político e jurídico nacional, refletindo uma tendência cada vez mais presente em âmbito internacional.²¹ A situação não é diferente no Brasil, país no qual a interface entre saúde e justiça é cada vez mais intensa.

Os primeiros contornos da judicialização da saúde no Brasil são atribuídos, por diversos pesquisadores, ao movimento de afirmação de direitos por pessoas portadoras do vírus HIV, sobretudo para garantia de acesso a medicamentos e implementação de uma

²¹ Alicia Ely Yamin observa que a garantia do direito à saúde pelas Cortes Judiciais é uma tendência observada nos últimos 20 anos e que ganhou especial destaque na última década em diversos países da América do Sul, Ásia, Europa e África. (YAMIN, A. E.. Promoting equity in health: What role for courts? **Health & Human Rights**, v. 16, n. 2, 2014, p. 01).





política de assistência farmacêutica para esse segmento de pacientes^{22,23}. A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal (STF), que, no julgamento do RE 271.286/RS AgR, publicado em novembro de 2000, reconheceu o direito público subjetivo à saúde do paciente, bem como o dever do Estado de oferecer tratamento medicamentoso, tal como havia sido garantido na Lei nº 9.313/96. Essa decisão se tornaria um *leading case* a orientar a questão.²⁴

Na década que se seguiu, assistiu-se a uma intensa ampliação do número de ações ajuizadas, tanto no âmbito da Justiça Estadual quanto na Justiça Federal. A ampliação foi acompanhada de elevado índice de sucesso obtido nas referidas demandas. Tal situação foi identificada em diversas unidades da Federação, nas quais foram realizadas

²² Nesse sentido, conferir: BIEHL, J.. The judicialization of biopolitics: Claiming the right to pharmaceuticals in Brazilian courts. **American Ethnologist**, v. 40, n. 3, pp. 419-436, 2013, p. 420-421.

No mesmo sentido: ROMERO, L. C.. Judicialização das Políticas de Assistência Farmacêutica: o caso do Distrito Federal. **Consultoria Legislativa do Senado Federal**. Brasília, 2008, p. 18.

²³ Vale destacar que estudos com enfoque na atuação de movimentos sociais não atribuem às decisões do Judiciário papel central na formulação de políticas públicas para o tratamento de determinada doença. No caso específico da AIDS, as ações do Ministério da Saúde foram além da dispensação de medicamentos, pois abarcaram também campanhas de prevenção, atuação internacional para quebra de patentes, dentre outras ações. Ademais, outros atores sociais, além do Judiciário, atuaram ativamente para a construção do programa brasileiro de combate à AIDS. O contexto da formulação dessa política é assim descrito por Adriana Miranda: “[...] alguns fatores foram essenciais para que uma política de distribuição de medicamentos de HIV fosse implantada no Brasil: existência de uma rede básica de serviços estruturada para oferecer atenção à saúde de toda população brasileira de forma gratuita, universal, integral e descentralizada; capacitação de recursos humanos do SUS em diagnósticos e HIV/AIDS e o fortalecimento de laboratórios públicos” (MIRANDA, A. A.. **Movimentos sociais, AIDS e cidadania**: o direito à saúde no Brasil a partir das lutas sociais. 2007. Dissertação- Universidade de Brasília, Brasília, 2007, pp.126). Avaliação semelhante é feita por João Biehl, que destaca o fato de o Brasil ter sido o primeiro país em desenvolvimento a garantir acesso universal à terapia antirretroviral à população soropositiva. Em sua avaliação, “essa política pública salvadora de vidas passou a existir por uma inesperada aliança de ativistas, gestores reformistas, instituições de desenvolvimento e a indústria farmacêutica” (Livre tradução de: “This lifesaving policy came into existence through an unexpected alliance of activists, government reformers, development agencies and the pharmaceutical industry”, BIEHL, J. **Will to live: AIDS therapies and the politics of survival**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2007, p. 3.)

²⁴ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de Brasil de 1988. In: COURTIS, C.; SANTAMARÍA, R. (Orgs.). **La Protección judicial de los derechos sociales**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 288-289.





pesquisas empíricas com características semelhantes: análise do conteúdo de decisões judiciais acerca de pedidos de antecipação de tutela para o fornecimento de medicamentos. No Distrito Federal, Sílvia Marques e Maria Célia Delduque avaliaram 89 processos ajuizados entre 2005 e 2008, identificando que, em todos aqueles em que a parte autora demandou a antecipação da tutela, ela foi concedida²⁵. Em pesquisa no Rio de Janeiro, Miriam Ventura *et al* identificaram que em todos os casos analisados – 289 decisões liminares entre 2007 e 2008 – a tutela antecipada requerida foi concedida, total ou parcialmente²⁶. Pesquisa ainda mais ampla foi conduzida por Denise Travassos *et al*, que abarcou 558 acórdãos proferidos em 2009 nos Tribunais de Justiça dos estados de Pernambuco, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, constatando que houve alta incidência de pedidos liminares (83,8%), quase sempre deferidos (91,2%). No mérito, o índice de decisões favoráveis aos demandantes é ainda maior: 97,8%.²⁷

Um levantamento do Ministério da Saúde mostrou que, de janeiro a julho de 2008, o Governo Federal gastou diretamente R\$ 48 milhões com *ações judiciais* para aquisição de medicamentos. Esse valor cresce a cada ano. Em 2007, foram gastos R\$ 15 milhões, em 2006, R\$ 7 milhões e, em 2005, R\$ 2,5 milhões. Em três anos o aumento chegou a 1920%. Além dos gastos diretos, grande parte dos recursos despendidos com ações judiciais pelos estados é oriunda de repasses federais.²⁸

A acentuada tendência identificada nos Tribunais locais foi refletida também no STF, que, no período entre 1997 e 2007, decidiu 31 casos relacionados a tratamentos de saúde, com julgados sempre favoráveis aos pacientes²⁹. A situação de aumento no número de demandas judiciais combinada com o amplo índice de deferimento dos pedidos conduziu a um movimento de busca por critérios para orientar a atuação jurisdicional

²⁵ DELDUQUE, M. C.; MARQUES, S. B.. A Judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito. **Tempus Actas de Saúde Coletiva**, v. 5, n. 4, pp. 97-106, 2011, p. 101.

²⁶ VENTURA, M. *et al*. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis-Revista de Saúde Coletiva**, v. 20, n. 1, 2010, pp. 92-93.

²⁷ TRAVASSOS, D. V. *et al*. Judicialização da saúde: um estudo de caso de três tribunais brasileiros. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 18, n. 11, 2013, pp. 3422-3423.

²⁸ Fonte: Brasil. Ministério da Saúde. Ações judiciais comprometem políticas de saúde. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias_noticias_detalle.cfm?co_seq_noticia=53828>. Acesso em 26 de dez. 2008.

²⁹ WANG, D. W. L.. **Can Litigation Promote Fairness in Healthcare?** The judicial review of rationing decisions in Brazil and England. 2013. Tese (Doutorado em Ciências econômicas) – London School of Economics. Londres. 2013, pp. 55-56.



dos magistrados³⁰ e, ao mesmo tempo, estimular outras formas de lidar com os litígios em saúde.³¹

3) ESTRATÉGIAS DO PODER JUDICIÁRIO PARA A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Em razão do contexto narrado no tópico anterior, o Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, convocou **audiência pública** para promover amplo debate acerca dos impactos da judicialização da saúde³². A audiência, realizada entre abril e maio de 2009, representou momento marcante para a judicialização da saúde no Brasil, pois dela decorreram ao menos quatro importantes consequências: i) o posicionamento claro de instituições e atores sociais sobre as consequências da judicialização; ii) a definição de diversas iniciativas institucionais a serem tomadas; iii) o estabelecimento, pelo STF, de um conjunto de orientações jurisprudenciais; e iv) a criação do Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.

A referida audiência pública representou oportunidade de exposição de diferentes pontos de vista a partir da fala dos representantes da gestão do SUS, dos operadores do direito e de segmentos da sociedade civil (usuários, profissionais de saúde e instituições de ensino e pesquisa). Característica presente na fala da maioria dos 50 palestrantes foi a vinculação das suas opiniões ao posicionamento da instituição ou segmento representado. Os expositores vinculados à gestão do SUS apresentaram tendência maior a destacar as consequências negativas e a necessidade de impor limites e critérios à judicialização da saúde. Entre os palestrantes vinculados às representações da sociedade civil, foi marcante a defesa da atuação da Justiça em prol do acesso à saúde. Quanto aos operadores do direito, tendência semelhante foi identificada, exceto entre aqueles vinculados aos órgãos de advocacia pública, que mantiveram posicionamento semelhante ao dos representantes da gestão.³³

³⁰ Dentre outras pesquisas, conferir: SANT'ANA, R. N. **A Saúde aos Cuidados do Judiciário: A Judicialização das Políticas Públicas de Assistência Farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF**. 2009. Dissertação - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2009..

³¹ Nesse sentido conferir: CIARLINI, A. Desjudicialização da Saúde: um Bem Necessário? **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, v. 6, n. 28, pp. 102-106, 2009.

³² O ato convocatório está disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf
Acesso em: 18 ago. 2017.

³³ MACHADO, F. R. de S.; DAIN, S.. A Audiência Pública da Saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde no Brasil. **Revista de Administração Pública-RAP**, v. 46, n. 4, 2012, pp. 1023-1025.





Além disso, seguiu-se à realização da audiência a implementação deconjunto de iniciativas institucionais que haviam sido reiteradamente mencionadas pelos palestrantes. Pesquisa realizada por Dalila Gomes *et al* auxilia a ilustrar essa situação, pois foi realizada a decomposição dos discursos de todos palestrantes, chegando-se ao total de 29 sugestões de iniciativas³⁴. Destacamos aqui as 4 medidas que foram mencionadas por ao menos uma dezena de palestrantes: 1) aprimoramento da atuação das instâncias regulatórias no Brasil: ANVISA (registro) e CONITEC (incorporação ao SUS); 2) Consideração por parte do Judiciário dos protocolos clínicos e das diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde, os quais devem ser atualizados periodicamente e com maior participação de instituições afins; 3) Fornecimento de assessoria técnica ao Judiciário; 4) Regulamentação da Emenda Constitucional (EC) 29³⁵. De fato, em maior ou menor grau, todas as demandas acima indicadas foram convertidas em iniciativas legislativas ou institucionais nos anos que se seguiram à realização da audiência.

Outro avanço mencionado se refere ao estabelecimento, pelo STF, de um novo conjunto de orientações jurisprudenciais a partir dos diversos julgamentos que ocorreram após a realização da audiência pública. Dentre os vários julgamentos, merece destaque a paradigmática³⁶ Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175/CE, julgada em 17 de março de 2010³⁷. Tal precedente reconheceu o acesso à justiça como forma de garantir prestações específicas relacionadas à saúde, bem como a importância de se assegurar o “mínimo existencial” desse direito, mas contextualizou tais assertivas com a necessidade de conciliar as dimensões subjetivas (individual e coletiva) e objetivas do direito à saúde³⁸. A tentativa de conciliar tais aspectos se deu a partir da indicação de critérios que têm nas políticas públicas de saúde existentes o ponto focal.

³⁴ GOMES, D. F. *et al*. Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá?. **Saúde em Debate**, v. 38, n. 100, pp. 139-156, 2014, pp. 149-150.

³⁵ *Ibidem*, p. 149.

³⁶ Dentre as pesquisas que atribuem essa qualidade à STA 175, conferir: SARLET, I. W.; ZOCKUN, C. Z.. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 3, n. 2, pp. 115-141, 2016, p. 128.

³⁷ A STA 175 é a primeira de uma séria de 9 casos sobre direito à saúde apreciados pelo STF no mês de março de 2010. Para pesquisamaisdetalhada, conferir: WANG, D. W. L.. **Can Litigation Promote Fairness in Healthcare?** the judicial review of rationing decisions in brazil and England. Tese (Doutorado em Ciências econômicas) – London SchoolofEconomics. Londres. 2013, p. 78 *et seq*.

³⁸ Nesse sentido, conferir: SARLET, I. W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pp. 342-343.



Com bases nesses critérios de avaliação, o precedente orienta que: i) o registro do produto na ANVISA é condição necessária, exceto nos casos de autorização específica de importação dada pela referida Agência; ii) as opções de tratamento previstas nas listas e protocolos do SUS devem ser priorizadas, pois o SUS filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”; iii) exceção pode ocorrer nos casos de comprovada a ineficácia ou impropriedade da política prevista para o caso específico do demandante, ou seja, deve-se comprovar que o tratamento oferecido pelo SUS não é alternativa eficaz para o caso do paciente; iv) no caso de inexistência de tratamento previsto no SUS, cabe ao demandante provar existência de tratamento “há muito prestado pela iniciativa privada”, o que denotaria a avaliação lenta pelo SUS das novas opções terapêuticas; v) o Estado não pode ser condenado a fornecer tratamentos experimentais.³⁹

Os critérios estabelecidos na STA 175 foram confirmados em pelo menos 18 outros julgamentos do STF no ano de 2010⁴⁰ e, quase uma década depois, foram balizas para quando o tema da judicialização da saúde retornou para o centro de debate da Corte Constitucional no julgamento de recursos extraordinários definidores de Teses com Repercussão Geral nos anos de 2019 e 2020, a saber: temas 06, 500 e 793.

Uma última consequência da audiência pública que merece menção é o estabelecimento de uma nova política judiciária voltada à judicialização da saúde protagonizada pelo Conselho Nacional de Justiça⁴¹. A iniciativa se consubstanciou na Recomendação nº 31, de 30/03/2010, expedida pelo CNJ, que, além de determinar a criação das assessorias técnicas, conforme já mencionado, também estabeleceu um conjunto de orientações aos magistrados de todo o Brasil⁴². As orientações perfaziam um verdadeiro

³⁹ Para uma análise mais detida e detalhada dos argumentos lançados no acórdão da STA 175, conferir: GEBRAN NETO, J. P. Buscando uma lógica organizativa na judicialização da saúde. In: SHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro (Orgs.). **Direito à Saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo, 2015, pp. 172-195.

Sobre a mesma questão, conferir também: LIMA, T. M. **O Discurso Judicante do Supremo Tribunal Federal: se o direito à saúde falasse**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Centro Universitário de Brasília, Uniceub, Brasília. 2012, pp. 180-224.

⁴⁰ WANG, op. cit., p. 78.

⁴¹ Conferir: NOBRE, M. A. de B. **A denominada Judicialização da Saúde: pontos e contrapontos**. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 376-378.

⁴² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010**. Publicada no DJE/CNJ nº 61/2010, pp. 4-6, Brasília, 07 abr. 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n31-30-03-2010-presidencia.pdf. Acesso em: 22 ago. 2017.



detalhamento daqueles critérios gerais estabelecidos na STA 175 para aplicação na prática decisória dos casos concretos, ou seja, as diretrizes hermenêuticas foram, em certa medida, transformadas em arranjos institucionais. As orientações estão voltadas para estimular: i) melhor instrução probatória do processo, com documentos produzidos por profissionais de saúde; ii) a evitação de ordem de fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA ou em fase experimental; iii) a importância de oitiva dos gestores do sistema; v) a inscrição dos pacientes nas políticas públicas eventualmente existentes.

Em conjunto com a recomendação acima referida, o CNJ aprovou a Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010, que criou o denominado “Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde”⁴³. O novo arranjo institucional foi formado com uma representação nacional e representações em cada estado - os Comitês Executivos Estaduais, tema que será melhor tratado em tópico posterior. Por fim, merece menção a Recomendação nº 36, de 12 de julho de 2011, que avança na constituição de diretrizes institucionais para melhor subsidiar os magistrados com informações técnicas. Nesse sentido, recomendou-se: i) celebração de convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico aos magistrados; ii) cadastramento de endereços eletrônicos das operadoras de planos de saúde para composição das demandas na área de saúde suplementar; iii) orientação aos magistrados para buscarem, mediante ofício, informações com ANS, ANVISA e Conselhos Federais de Medicina e Odontologia. A Recomendação orienta, ainda, a “realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde”.⁴⁴

4) JUDICIALIZAÇÃO EM 2020: CENÁRIO ATUAL DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Em que pese a adoção de diversas iniciativas para lidar com o crescimento do número de ações ajuizadas e com o consequente gasto de recursos públicos⁴⁵, a judicialização da saúde seguiu sua trajetória de intenso crescimento.

⁴³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 107 de 06 de abril de 2010**. Publicada no DJE/CNJ nº 61/2010, pp. 9-10, Brasília, 7 abr. 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n107-06-04-2010-presidencia.pdf. Acesso em: 22 ago. 2017.

⁴⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 36 de 12 de julho de 2011**. Publicada no DJ-e nº 129/2011, pp. 3-4, Brasília, 14 jul. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1227>. Acesso em: 22 ago. 2017.

⁴⁵ Tais intenções estão expressamente presentes, por exemplo, na motivação do ato de convocação da audiência pública e nos textos da Recomendação nº 31 e da Resolução nº 107.





O número de ações judiciais continuou aumentando de forma consistente e tal fato tem chamado atenção em âmbito institucional⁴⁶, nos meios de comunicação⁴⁷ e nas pesquisas acadêmicas⁴⁸. Ricardo Perlingeiro, baseado na publicação “Justiça em Números do CNJ”, aponta que, entre os anos de 2010 e 2014, o número de ações judiciais relativas à saúde em curso nas justiças estaduais e federal quadruplicou, de 100.000 para 400.000 demandas, aproximadamente.⁴⁹

Clênio Jair Schulze, após análise do relatório do CNJ “Justiça em números 2019”, acrescenta que, ao final do ano de 2018, esse número havia crescido ainda mais, alcançando impressionantes **2.228.531** ações, contabilizadas demandas de saúde pública e suplementar, ou seja, o quádruplo. O autor ainda registra que: “*houve significativo aumento em 2019. Com efeito, a evolução dos números de demandas deu-se da seguinte forma: (i) 1.778.269 em 2018; (ii) 1.346.931 em 2017; (iii) 854.506 em 2016; (iv) 392.921 em 2014 e (v) 240.980 em 2011*”(...).⁵⁰

Tal escalada teria se dado, segundo estudo pretérito de Schulze, não apenas em razão do aumento no número de ajuizamentos, mas também em razão de mudança na forma de extração dos dados, bem como pelo fato de alguns processos serem cadastrados com mais de um assunto⁵¹. A leitura do referido relatório aponta que, de fato, a forma de

⁴⁶ Nesse sentido, conferir: BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Direito à Saúde**. Brasília: CONASS, 2015, pp. 10-13 e 35.

⁴⁷ Conferir: MELO, A.. Ações na Justiça para a compra de medicamentos crescem mais de 1.000%. **Correio Braziliense**. Brasília, 26 dez. 2016. Brasil - Política. Disponível em: http://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/brasil/2016/12/26/internas_polbraeco,562579/acoes-na-justica-para-a-compra-de-medicamentos-crescem-mais-de-1-000.shtml. Acesso em: 19 ago. 2017.

⁴⁸ PEREIRA, F. T. N.. Ativismo Judicial e Direito à Sade: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, pp. 291-308, 2015, p. 306.

⁴⁹ PERLINGEIRO, Ricardo. Desjudicializando as políticas de saúde? **Revista Acadêmica**, v. 86, n. 2, 2015, p. 4.

⁵⁰ Conferir: SHULZE, Clênio Jair. Números sobre a judicialização da saúde. **Empório do Direito**. Colunas e artigos. Brasília, 31 ago. 2020. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/numeros-de-2019-da-judicializacao-da-saude-no-brasil>

⁵¹ Conferir: SHULZE, Clênio Jair. Novos números sobre a judicialização da saúde. **Empório do Direito**. Colunas e artigos. Brasília, 24 out. 2016. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/novos-numeros-sobre-a-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze/>. Acesso em: 19 ago. 2017.



cadastroamento não permite contabilizar precisamente o número de ações, mas, a despeito disso, as informações possibilitam afirmar que o número de ações na seara de saúde pública é significativo e tem crescido de forma consistente.

Uma peculiaridade na tendência recente de crescimento da judicialização da saúde é a aceleração da litigiosidade no setor privado, ou seja, das ações voltadas contra os planos de saúde. Se observarmos os levantamentos anuais realizados por Clênio Schulze, no ano de 2015 foram “293.449” ações descritas como “Planos de saúde (direito do consumidor)”⁵², que perfaz o item descritivo mais comum para demandas relativas à saúde suplementar. Quanto ao mesmo item, no ano de 2016, “427.267”⁵³; em 2017, “564.090”⁵⁴; e em 2018, “677.897”⁵⁵. Observa-se um crescimento muito expressivo de **231% em apenas 4 (quatro) anos**.

De fato, o contexto da judicialização da saúde da seara suplementar tem se tornado cada vez mais complexo, acompanhando a tendência de segmentação desse setor. Operadoras de planos privados de assistência à saúde, instituições de autogestão, rede de prestadores de serviços médico-hospitalares e a Agência Nacional de Saúde Suplementar são apenas alguns dos principais *players* desse enorme mercado. Do outro lado do balcão estão os usuários-consumidores, munidos de regras especiais de proteção oferecidas pela legislação consumerista.

A interação entre consumidores (usuários), financiadores (planos) e prestadores (mercado de produtos e serviços de saúde) gera muitas expectativas, controvérsias, impasses e, por consequência, litígios. Destacamos ao menos 3 (três) dentre as principais fontes das centenas de milhares de ações que atualmente tramitam no Poder Judiciário brasileiro: as regras para manutenção da condição de beneficiário, a extensão e os limites da cobertura.

Existem diferentes regimes e tipos de contratação no mercado da saúde suplementar. Muitas ações decorrem da diferenciação de regras entre planos individuais ou familiares e planos coletivos, sejam eles empresariais ou por adesão. Cada tipo de contratação

⁵²Conferir: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/novos-numeros-sobre-a-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze>

⁵³Conferir: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/numeros-atualizados-da-judicializacao-da-saude-no-brasil-por-clenio-jair-schulze>

⁵⁴Conferir: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-10/opiniaio-numeros-judicializacao-saude-2018>

⁵⁵Conferir: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/numeros-de-2019-da-judicializacao-da-saude-no-brasil>



conta com variações que definem diferentes regras para questões centrais como, por exemplo, a extinção do vínculo e as hipóteses de manutenção de benefícios.

Um segundo ponto que gera acentuada judicialização diz respeito à extensão, limites e negativas de cobertura assistencial. Doenças e lesões preexistentes, carências, negativas de cobertura, dentre tantas outras situações, geram dissensos que deságuam no Sistema de Justiça. A regulamentação dos “planos acessíveis” ou “populares”, com preços e cobertura reduzidos, tende a reforçar essa tendência, uma vez que já têm impulsionado o processo de judicialização.⁵⁶

Em terceiro lugar, merecem menção os litígios decorrentes dos reajustes, notadamente àqueles referentes aos planos coletivos, que atualmente apresentam maior representatividade na cobertura quando comparado aos planos individuais e familiares, que possuem regras mais rígidas impostas pela ANS.⁵⁷

O conjunto dos litígios e sua trajetória de crescimento conduzem a questionamentos dos profissionais que atuam na área⁵⁸ sobre a sustentabilidade desse modelo e impõem a imaginação de iniciativas, tanto normativas quanto institucionais, que nos conduzam por caminhos alternativos.

A acentuação da litigiosidade no setor suplementar exige dos gestores, juristas e acadêmicos atenção semelhante àquela que se dedica à judicialização da saúde pública. Isso porque, conforme argumentamos, o setor privado tem ofertado cobertura muito semelhante àquela oferecida pelo SUS e o desarranjo desse setor pode conduzir a um fluxo imprevisto e intenso de pacientes de um setor ao outro. Ou seja, embora a interação do *mix* público-privado da saúde brasileira careça de maior integração, as falhas de oferta de serviços em um dos setores pode acarretar sobrecarregamento do outro. Pelas razões expostas, o funcionamento adequado do sistema de saúde brasileiro depende tanto da reorganização do financiamento e oferta dos serviços do SUS, quanto da integridade e adequada regulação do setor privado.

⁵⁶BAHIA, Lígia et al. Private health plans with limited coverage: the updated privatizing agenda in the context of Brazil's political and economic crisis. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016, p. 3.

⁵⁷Para uma análise detalhada das regras relativas aos planos de saúde e principais aspectos judicializados, conferir: PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. **Planos de Saúde e a Tutela Judicial de Direitos: Teoria e Prática**. São Paulo: Saraiva, 2020.

⁵⁸Como exemplo, conferir: MARTINEZ, Lilia Estay. **Excesso de processos gera entraves para a regulação da saúde suplementar**. Consultor Jurídico, set 2019.



Exemplo importante dos efeitos nefastos do desequilíbrio do setor privado da saúde foi observado nos Estados Unidos na década de 1990 e nos primeiros anos da década seguinte. Trata-se do fenômeno que ficou conhecido como *espiral da morte* (*death spiral*). Em breve resumo, a ampliação constante do rol de cobertura levou as empresas do setor a elevar os prêmios para contratação dos seguros de saúde e isso gerou a saída de muitos consumidores do mercado. Remanesciam, contudo, os consumidores com saúde mais vulnerável que demandavam muito o uso dos seguros. Isso conduziu a sucessivos aumentos de custo e, por consequência, dos prêmios exigidos. Assim, foi se formando um processo de “seleção adversa” que conduzia à exclusão de parcelas cada vez maiores dos consumidores ao tempo que os preços dos prêmios não paravam de subir. O mercado ficou à beira do colapso e o contexto conduziu muitos cidadãos à ruína financeira⁵⁹, a contar com a caridade pública ou, simplesmente, a não acessar a assistência de saúde (uma vez que os EUA não contam com um sistema público). A situação se alterou apenas quando o estado de Massachusetts implementou novo modelo de regulação do setor que serviu de inspiração para a reforma conhecida como “*Obamacare*”⁶⁰. Aliás, lidar com a “espiral da morte” foi o principal objetivo da última ampla reforma do sistema de saúde norte-americano, levada a cabo, em 2010, pelo presidente Barack Obama.⁶¹

O contexto do sistema de saúde norte-americano pode parecer muito diferente do brasileiro, contudo, as semelhanças diversas entre os países apontam que o exemplo da quase ruína do mercado de seguros de saúde dos EUA deve ser observada com atenção – e evitado. Daí a relevância de levar a sério a regulação do setor de saúde para garantir, inclusive no âmbito da judicialização da saúde, o equilíbrio entre a proteção dos consumidores e a integridade das prestadoras.

5) ATUAÇÃO DO FÓRUM DA SAÚDE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução CNJ n. 107/2010, criou o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde – Fórum da Saúde, tendo competência específica para i) o monitoramento das

⁵⁹NASCIMENTO, I. J.. **Healthcare Systems in Brazil and the United States: a Comparative Analysis**. 2013. Dissertação- Department of Political Science and International Affairs, Georgia, Kennesaw State University, 2013, p. 2.

⁶⁰Para uma descrição objetiva desse processo, conferir: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. Certiorari 567 U.S. (2015). David King v. Burwell. Chief Justice John Roberts. Opinion of the Court, p. 1-4.

⁶¹OBAMA, Barack. United States Health Care Reform: Progress to Date and Next Steps. **JAMA**, v. 316, n. 5, pp. 525-532, 2016, p. 526.



ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares; *ii*) o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde; *iii*) a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas; *iv*) a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário; *v*) o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional (art. 2º da Resolução CNJ 107/2010).

Ainda no ano de 2010, e com a finalidade de conduzir as atividades do Fórum da Saúde, no sentido de elaborar seu programa de trabalho e funcionamento, foi instituído, por meio da Portaria CNJ n. 91/2010, o Comitê Executivo Nacional.

O Comitê Executivo Nacional é constituído por magistrados e especialistas em direito sanitário, e atua como órgão de produção e execução de políticas públicas relativas à judicialização da saúde, bem como busca promover a integração dos Comitês Estaduais de Saúde, por meio de reuniões e encontros, assim como na divulgação de boas práticas.

Desde a sua criação, o Fórum da Saúde, por intermédio do Comitê Executivo Nacional, já realizou diversos encontros e reuniões com os Comitês Estaduais de Saúde, como também já se fez representar em reuniões de outros organismos como o Conselho Nacional dos Secretários Estaduais de Saúde, Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde, Comissão Intergestores Tripartite na sede da Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS.

Também são promovidos encontros nacionais periódicos com os agentes do Sistema de Justiça e do Sistema de Saúde, com o objetivo de debater o tema da saúde, a fim de racionalizar e minimizar os impactos de sua judicialização.

Como resultado das reuniões e encontros reportados, o Comitê Executivo Nacional priorizou o seu trabalho nas seguintes ações iniciais:

- Visitar os Tribunais de Justiça dos Estados e os Tribunais Regionais Federais, sempre com a finalidade de sensibilizar os magistrados para as questões da judicialização das demandas de saúde e os mecanismos criados pelo Conselho Nacional de Justiça que possibilitam uma melhor instrução dos processos a serem julgados.
- Propor a elaboração de Termo de Cooperação com o Ministério da Saúde, visando proporcionar às Cortes de Justiça subsídios técnicos para a tomada de decisão



com base em evidências científicas nas ações relacionadas com a atenção à saúde, objetivando, assim, aprimorar a litigiosidade e a solução das demandas, e conferir maior celeridade no julgamento das respectivas ações judiciais.

- Propor ao Plenário do Conselho Nacional de Justiça a edição de Resolução dispondo sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais, de Comitês Estaduais de Saúde e seus respectivos Núcleos de Apoio Técnico (identificados como NAT-JUS) e, ainda, a promoção da especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de Fazenda Pública.

Essas três ações iniciais foram definidas com o intuito de atender às seguintes finalidades:

- Buscar meios mais efetivos para obtenção de melhores resultados nas demandas relativas à saúde, combatendo os excessos, abusos e práticas criminosas.
- Fornecer aos Magistrados informações científicas de credibilidade na área da saúde, por meio da incorporação, no site do CNJ, de Notas Técnicas, bem como de pareceres e acervo científico, para análise de evidências científicas.
- Criar um banco de dados para incorporar as notas técnicas enviadas pelos Coordenadores Estaduais de Saúde.

No dia 9 de setembro de 2016, o Plenário do CNJ aprovou então a mencionada Resolução n. 238, que dispôs sobre a criação e a manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais, dos Comitês Estaduais da Saúde como instância adequada para encaminhar soluções para a melhor forma de prestação jurisdicional nas questões relacionadas ao direito à saúde.

A referida Resolução traz como destaque a criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituídos de profissionais da saúde que irão elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências, cuja finalidade é oferecer apoio técnico aos magistrados na tomada de decisão em processos relacionados ao direito à saúde.

Como se verifica, dos resultados do trabalho empreendido pelo Fórum da Saúde, por meio do seu Comitê Executivo Nacional, o Conselho Nacional de Justiça disponibilizou alguns mecanismos capazes de auxiliar e orientar a Magistratura, Estadual e Federal, no enfrentamento de questões candentes que envolvem a matéria.

Nesse sentido, destacam-se: a criação da plataforma digital E-NATJUS, a realização de Jornadas de Direito da Saúde e a celebração de Termos de Cooperação com o Ministério da Saúde, Conselho Nacional do Ministério Público e Defensorias Públicas da União e dos Estados.





Com o objetivo de capacitar os profissionais da área médica que compõem os Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário – NATJUS (criado pela Resolução 238/2016), destinados a subsidiar os magistrados com informações técnicas, o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Saúde celebraram o Termo de Cooperação n. 21/2016, cujo objeto é proporcionar aos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais subsídios técnicos para a tomada de decisão com base em evidência científica nas ações relacionadas com a atenção à saúde, pública e suplementar, visando, assim, aprimorar o conhecimento técnico dos magistrados para solução das demandas, bem como conferindo maior celeridade no julgamento das ações judiciais.

Para concretizar o Termo de Cooperação firmado, o Ministério da Saúde formalizou parceria com o Hospital Sírio Libanês – HSL, por meio de projeto de apoio PROADI-SUS, que passou a atuar como executor/gestor do projeto, bem assim como consultor e assessor técnico, tendo em suas atribuições⁶², além da capacitação do NATJUS, por meio de curso presenciais e EAD, atender às demandas oriundas pelos Comitês Estaduais da Saúde para a elaboração de Pareceres Técnico-Científicos sobre novos fármacos e procedimentos, bem como disponibilizar aos NATJUS, quando solicitado, tutoria prestada pelos Núcleos de Excelência na área da medicina, compostos por expertos reconhecidos nacionalmente, para suporte na elaboração das notas técnicas, que servirão de apoio técnico ao magistrado. E o objetivo foi a criação do projeto Banco Nacional de Pareceres (Sistema E-NATJUS), que será tratado em tópico específico.

Um segundo termo de cooperação foi celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Saúde (Termo de Cooperação n. 51/2018), cuja finalidade é proporcionar às assessorias dos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais, por meio de consulta à distância, suporte técnico para avaliação, sob o ponto de vista médico, das demandas judiciais relacionadas à atenção à saúde com pedido de tutela antecipada sob a alegação de urgência.

⁶² Oficinas de capacitação com os profissionais que atuam nos NAT-JUS dos Estados, que tem por objetivo o reforço na elaboração de notas técnicas, bem como atividades voltadas na busca de evidências científicas (Oficinas realizadas em Palmas; Curitiba; Fortaleza; Manaus e Brasília); Padronização dos pedidos de Notas Técnicas e das respostas das Notas Técnicas; Pareceres Técnicos Científicos (PTC); Curso – Saúde Baseada em Evidências e as Decisões Judiciais – EAD (03 Turmas lançadas) – capacitação dos membros dos Núcleos de Avaliação em Tecnologias de Saúde do Judiciário (NAT-JUS), disponibilizado para Magistrados e integrantes dos NAT-JUS sobre o tema de Avaliação em Tecnologias de Saúde; Lançamento do Projeto Banco Nacional de Pareceres (Sistema E-NATJUS);



Como forma de efetivar o Termo de Cooperação celebrado, o Ministério da Saúde formalizou parceria com o Hospital Israelita Albert Einstein, que atua como executor do projeto, bem como consultor e assessor técnico. A finalidade da parceria foi a criação da ferramenta NAT-JUS NACIONAL, que também será tratado mais à frente.

Registre-se, por fim, os Termos de Cooperação celebrados entre o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público (Termo de Cooperação n. 47/2018) e as Defensorias Públicas dos Estados e da União (Termos de Cooperação n. 08/2019 e 09/2019), cujo objeto é possibilitar aos Ministério Públicos e às Defensorias Públicas brasileiros a solicitação de pareceres técnicos-científicos sobre medicamentos, procedimentos e produtos, elaborados na forma disposta no Termo de Cooperação Técnica n. 21/2016. O referido termo também possibilita a solicitação de curso de capacitação à distância dos membros dos citados órgãos e das equipes técnicas de profissionais de saúde que os assessoram.

No decorrer dos anos, o Comitê Executivo Nacional na busca de racionalizar e qualificar o exercício da jurisdição em matéria tão sensível, realizou três jornadas de Direito da Saúde, nos anos de 2014, 2015 e 2019, possibilitando a aprovação de 103 enunciados interpretativos sobre direito à saúde.⁶³

Os enunciados produzidos nas Jornadas de Direito da Saúde são um importante mecanismo de orientação dos magistrados, oportunizando a formação de maior segurança jurídica nas demandas relacionadas ao direito à saúde.

Conforme já apontado, o sistema E-NATJUS teve sua gênese por ocasião da assinatura do primeiro Termo de Cooperação firmado entre o CNJ e o Ministério da Saúde.

A idealização do sistema teve como principal objetivo, a criação de um banco de dados nacional para abrigar pareceres técnico-científicos e notas técnicas elaboradas com base em evidências científicas na área da saúde, emitidos pelos Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário (NATJUS) e pelos Núcleos de Avaliação de Tecnologias em Saúde (NATS). É importante mencionar que os NATS fazem parte da parceria firmada entre Ministério da Saúde e Hospital Sírio Libanês, conforme já destacado.

O sistema E-NATJUS está a serviço do magistrado para que a sua decisão não seja tomada apenas diante da narrativa que apresenta o demandante na inicial. Com a

⁶³<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>





plataforma digital, essas decisões poderão ser tomadas com base técnica, ou seja, levando em conta a evidência científica, inclusive com abordagem sobre medicamentos similares, já incorporados pela política pública, aptos a atender o requerente, sem a necessidade de buscar o fármaco ainda não incorporado, mas requerido pelo demandante.

A plataforma digital tem por finalidade reduzir a possibilidade de decisões judiciais conflitantes em temas relacionados a medicamentos e tratamentos, concentrar em um único banco de dados várias notas técnicas e pareceres técnicos, facilitar a obtenção de dados estatísticos sobre os agentes (médicos, juízes, advogados, etc) que atuam e acionam o sistema, bem como a sua origem (Municípios, Estados), permitindo a obtenção de relatórios circunstanciados sobre os vários temas da Judicialização da Saúde e prevenir a judicialização da saúde, já que disponibilizará publicamente os pareceres e notas técnicas, evitando a formalização de pedidos cujos tratamentos não são recomendados.

A ferramenta tem como maiores desafios o de ganhar a adesão e a confiança dos magistrados, atender a contento as demandas em termos de conteúdo e tempo e evitar o conflito de opiniões diferentes, estabelecendo uma ferramenta para sistematizar as Notas Técnicas e Pareceres Técnicos antes de disponibilizá-los para consultas externas por outros Tribunais e Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATJUS).

O banco de dados do sistema E-NATJUS pode ser acessado pelo link www.cnj.jus.br/e-natjus pesquisa pública, onde é possível acessar os documentos disponíveis até o momento.

O sistema E-NATJUS é um importante instrumento de auxílio para magistratura. Sua aplicação foi objeto de discussão durante a realização da III Jornada de Direito da Saúde 2019. Ao final daquela discussão, os magistrados deliberaram pela aprovação do Enunciado n. 83, no qual dispõe que “Poderá a autoridade judicial determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a juntada ao processo de documentos de evidência científica (nota técnica ou parecer) disponíveis no e-NatJus (CNJ) ou em bancos de dados dos Núcleos de Assessoramento Técnico em Saúde (NATS) de cada estado, desde que relacionados ao mesmo medicamento, terapia ou produto requerido pela parte”.

Além disso, com o objetivo de disponibilizar mais um instrumento de auxílio para os magistrados com competência para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde, inclusive durante o plantão judicial, no final do ano de 2018, com a assinatura do segundo termo de cooperação celebrado entre o CNJ e o Ministério da Saúde, foi possível idealizar a criação do NAT-JUS NACIONAL.



O NAT-JUS NACIONAL é uma ferramenta que foi agregada ao sistema E-NATJUS, que também fica hospedada no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, por meio da qual os magistrados de todo o país poderão contar com o serviço de diversos profissionais de saúde, durante 24 horas, sete dias por semana. Os profissionais de saúde avaliarão as demandas de urgência, conceito este que segue protocolos médicos e, com base nas melhores evidências científicas disponíveis, fornecerão o respaldo técnico necessário para atestar se a demanda é de fato urgente e qual a base científica a embasar o pedido.

E tal ferramenta foi objeto de regulamentação, por meio do Provimento n. 84/2019⁶⁴, expedido pela Corregedoria Nacional de Justiça, que dispõe sobre o uso e funcionamento do sistema E-NATJUS, em especial a ferramenta NATJUS-NACIONAL.

Como se vê, por meio desses novos instrumentos, disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, a Magistratura Nacional tem ao seu dispor, agora, acesso imediato a fundamentos científicos que contribuirão na tomada de decisão sobre a concessão de determinado medicamento ou serviço de saúde não contemplado pela política pública estabelecida pelo SUS ou pelas agências reguladoras da saúde, bem como uma arena adequada, com os Comitês Estaduais, para melhor diagnóstico daquilo que está previsto na política pública e que não está sendo devidamente entregue pelo Poder Público ou pelas empresas do setor privado, possibilitando a busca de soluções também pela via dialógica⁶⁵.

Para além de todas essas exitosas iniciativas citadas, o CNJ também deve avançar no diálogo interinstitucional para proporcionar melhoria da qualidade dos serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) aos cidadãos brasileiros, sobretudo no acesso aos serviços previstos e prometidos nas políticas públicas.

À vista disso, está em fase inicial a elaboração e execução de um projeto que culminará na elaboração de um Plano Nacional para o Poder Judiciário (“Judicialização e Sociedade: ações para acesso à saúde pública de qualidade”), que tem por base o monitoramento das demandas de saúde destinadas ao atendimento de serviços previstos nas políticas públicas de saúde, com vistas à sugestão de um plano de ações concretas que impactem positivamente na gestão da saúde pública, notadamente em seus níveis de atenção primária e secundária.

⁶⁴<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2987>

⁶⁵<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/justica-e-direito-a-saude-a-atuacao-do-conselho-nacional-de-justica/>





Ou seja, o objetivo é buscar a estruturação de ações e o diálogo interinstitucional para que seja construído, juntamente com os gestores estaduais e municipais de saúde, uma política pública que não seja apenas imposta por meio de decisões judiciais, mas que seja discutida e implementada por todos em cooperação.

Cabe ainda destacar o trabalho realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio do Fórum da Saúde, durante a crise da COVID-19, em especial a aprovação da Nota Técnica n. 24, que apresentou ao Poder Executivo um modelo de gestão da crise, e da Recomendação n. 66, que trata da sugestão aos magistrados de medidas voltadas à garantia dos melhores resultados à sociedade durante a pandemia da Covid-19.

CONCLUSÃO: OPORTUNIDADES E RISCOS NA INTERFACE ENTRE SAÚDE E JUSTIÇA

O conjunto das informações e argumentos expostos permite afirmar, nesta conclusão, que a interface entre Saúde e Justiça se desenvolveu rapidamente nas últimas duas décadas e se tornou um indutor de inovação institucional tanto no Sistema de Saúde quanto no Sistema de Justiça.

Muitos avanços foram obtidos para garantia dos direitos dos usuários do SUS e dos consumidores dos planos de saúde. De outro lado, permanece a preocupação com os impactos da judicialização crescente na organização e financiamento dos setores público e privado.

O equilíbrio entre a garantia de acesso aos tratamentos e higidez do sistema de saúde pode ser alcançada com a manutenção e desenvolvimento de iniciativas bem-sucedidas como a estruturação dos NATJUS e o sistema E-NATJUS, a integração interinstitucional promovida pelos Comitês Executivos do CNJ, a orientação por enunciados, bem como pelo estabelecimento de um conjunto de orientações jurisprudenciais pelos Tribunais Superiores.

O aprendizado mútuo entre Saúde e Justiça segue seu curso e foi intensificado no contexto da pandemia da COVID-19. Cabe aos juristas, profissionais da saúde, pacientes e gestores a missão conjunta de aproveitar esse conhecimento em prol do desenvolvimento de um sistema de saúde mais justo e eficiente.





ANÁLISE SOBRE A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

JOSÉ CECHIN

José Cechin

Superintendente executivo do Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS). Foi Ministro da Previdência e Assistência Social do governo FHC. Atuou ainda como diretor executivo da Federação Nacional de Saúde Suplementar (Fenasaúde).

É engenheiro eletrônico pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA), com mestrados em Engenharia Elétrica e em Economia pela Unicamp e em Economia pela Universidade de Cambridge.





Introdução

Há pouco mais de duas décadas, a saúde suplementar brasileira passava por uma significativa e robusta transformação normativa. Promulgada em junho de 1998, a Lei nº 9.656 foi modificada no primeiro dia de sua vigência e mensalmente por mais 44 Medidas Provisórias. Entrou em vigor a partir de janeiro de 1999, estabelecendo um conjunto de regras para parametrizar as relações entre os agentes envolvidos, especialmente operadoras de planos de saúde e beneficiários. A Lei já tem mais de 20 anos e é chegada a hora de sua atualização. Em 2000, consequência da Lei nº 9.961, nascia a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para ser a instância reguladora com vista a garantir o equilíbrio nas relações entre os partícipes do sistema de saúde suplementar.

Os importantes efeitos da Lei podem ser resumidos no aperfeiçoamento do mercado, expresso na maior confiabilidade tanto para compradores de planos quanto para as operadoras. A Lei trouxe três eixos de regulação: Administrativo, Econômico-financeiro e Assistencial. No eixo Administrativo, cuidou de estabelecer regras de acesso, autorização de funcionamento, registro de produto, quebra de contrato individual pela operadora, liquidação extrajudicial e processo sancionador. No Econômico-Financeiro, estabeleceu regras de solvência, a exigência de reservas e constituição de ativos garantidores, plano de contas, autorização dos reajustes dos planos individuais, responsabilização dos administradores, entre outras. No Assistencial, consolidou os grandes tipos de cobertura, fixou prazos máximos para as carências e a cobertura de todas as doenças da Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10), atribuiu ao órgão regulador a competência para definir a lista de procedimentos de cobertura mínima obrigatória (denominada Rol de Procedimentos), listou as exclusões de coberturas, as formas de cobertura para doenças e lesões preexistentes (entendidas como aquelas de que o consumidor tinha conhecimento na assinatura do contrato do plano), os períodos máximos de carência, as condições de alteração da rede prestadora de serviços de assistência à saúde. Importante assinalar que a Lei vedou limites de atendimento, tetos de valor e seleção de risco.

Observe-se que a necessidade da regulação na saúde está bem estabelecida na literatura da economia da saúde e as razões se ligam a imperfeições no mercado, essencialmente a notória assimetria de informação. Alguns exemplos ilustram a situação. O consumidor que busca um plano de saúde conhece seu estado de saúde com muito mais precisão do que a seguradora; assimetria semelhante se observa entre o paciente que mais bem conhece seus sintomas do que seu médico; este, por sua vez, tem mais conhecimento para realizar o diagnóstico e prescrever conduta de recuperação. Pode-se ainda alegar que os serviços de saúde são meritórios e sua oferta não deveria ser deixada exclusivamente ao mercado, ou que o consumidor é





hipossuficiente ante a operadora. Todos esses argumentos apontam para a necessidade de regulação desse mercado de saúde. A regulação objetiva, portanto, superar ou reduzir essas imperfeições de mercado; regras que não cumpram com esse objetivo são supérfluas quando não positivamente negativas.

Difícil encontrar quem resista à ideia de reconhecer que a estrutura legal constituída não representa um significativo avanço setorial ao construir uma base sólida de sustentação institucional ao sistema de saúde suplementar. Durante décadas, os planos funcionaram sem regulação, à exceção dos seguros saúde, operados por empresas seguradoras a partir da década de 1980, que estavam sujeitos à regulação da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). O mercado se expandiu tanto em termos de número de operadoras quanto de beneficiários, especialmente na primeira metade da década de 1990, em meio à hiperinflação reinante na sociedade brasileira. E as reclamações também. A ausência de regulação permitia abusos de diversas ordens, como nas carências sem regras e excepcionalmente longas. Tampouco havia regras para abertura e funcionamento de operadoras; exigências para constituição de provisões e reserva; avaliações atuariais para justificação de preços; entre outras.

A partir desses novos alicerces, foi possível proporcionar, de forma democrática e legítima, a evolução do conjunto de normas a regulamentar esse setor. Ainda que imperfeito, o sistema de consultas públicas e de debates entre os envolvidos promove a contínua atualização do regimento de regras, condutas e responsabilidades desse setor.

Seria utopia imaginar, entretanto, qualquer regime jurídico ou normativo perfeito, especialmente quando envolve decisões no campo da saúde, marcado por um processo contínuo de evolução tecnológica que repercute em ganhos clínicos, em muitos casos em eficiência assistencial e resolutividade – embora nem sempre universal e por vezes passível de dúvidas – e, por extensão, maior longevidade para as pessoas. Como dito antes, após duas décadas, o marco regulatório carece de atualização.

Muito por conta dos avanços gerados pela própria evolução dos serviços de saúde, o avanço médio da vida de cada indivíduo é uma conquista da humanidade. Está diretamente atrelado à maneira como cada um cuida da própria saúde, ao saneamento ambiental em seu local de moradia, aos aspectos hereditários e também ao acesso ao sistema de saúde. A longevidade vem acompanhada de particularidades epidemiológicas atreladas ao momento de vida. Mais velhos, demandamos por mais serviços de saúde com o passar dos anos.

Em 20 anos, a transformação do ecossistema de saúde foi impressionante e acompanhada de um processo dispendioso e de grande complexidade de gerenciamento de custos. Portanto, cabe dizer, a vitória de viver mais se deve também a





uma medicina cada vez mais complexa e onerosa. Diferentemente de outros segmentos econômicos, a inovação tecnológica na saúde não é substitutiva, mas aglutinativa, particularmente nas imagens diagnósticas: o raio-X, o ultrassom, a ressonância, a tomografia, foram sendo adicionados sem substituição. Claro, também se aperfeiçoam no tempo e seu custo cai, mas o frenético ritmo de inovação ainda não permite que se reduzam os dispêndios per *capita* em saúde. Ademais, a inovação torna elegíveis aos novos procedimentos pacientes que antes não poderiam ser a eles submetidos, dado o grau de risco a que estariam envolvidos.

A combinação de novas tecnologias, de novas drogas, de novas estruturas e do maior tempo de vida dos indivíduos resulta, também, em custos em expansão na saúde. Não se trata de um fenômeno estritamente brasileiro, mas mundial: como assegurar acesso e qualidade assistencial a sistemas de saúde diante de uma população que vive cada vez mais por mais anos? Na década de 1960, quando as Nações Unidas começaram a medir a expectativa de vida das pessoas, a média mundial era de 52,5 anos. Hoje, é de 72 anos de vida. No Brasil, saltou de 48 anos para os atuais 75,5 anos. Isso veio acompanhado do aumento dos custos de serviços de saúde, como mencionaremos mais adiante.

Origens da judicialização

Planos e seguros de saúde seguem princípios similares aos dos seguros gerais. Asseguram serviços de assistência à saúde ou reparação (parcial ou total) dos gastos dos tratamentos, mediante o pagamento de um “prêmio”, ou contraprestação pecuniária ou ainda simplesmente mensalidade, ao operador do plano. Estão cobertos eventos futuros e incertos, que podem acarretar perdas patrimoniais à pessoa ou à família segurada. Em saúde, esses eventos futuros e incertos são tipicamente o adoecimento. O financiamento dos planos baseia-se no princípio do mutualismo, em que todos contribuem com seus prêmios para um fundo comum do qual se retiram os recursos para custear os tratamentos daqueles segurados que têm o infortúnio de adoecerem.

À operadora cabe organizar o mútuo, equacionar o financiamento, fixar os prêmios com base em cálculos atuariais, realizar as cobranças, organizar a rede prestadora dos serviços de assistência à saúde e fazer os pagamentos devidos. Nota-se que os recursos das operadoras se originam dos pagamentos dos contratantes de planos e seguros de saúde. Seus recursos não têm outra origem.

A estruturação dos preços por faixa etária segue princípios do seguro segundo os quais o grupo, coberto deve ter riscos semelhantes, que no caso da saúde equivale ao custo médio per *capita* dos serviços de saúde consumidos pelo grupo. Como é bem sabido, esse custo médio varia consideravelmente com a idade. Preço uniforme em todo o grupo independentemente de idade, que deve corresponder ao custo médio per *capita*





de toda a população-alvo do plano, tenderia a afastar os jovens, de baixo risco, e atrair os mais idosos, de mais alto risco. O custo médio do grupo participante seria mais alto, afastando ainda mais os jovens e concentrando a seleção nos mais idosos, elevando ainda mais o custo médio. Esse processo em espiral terminaria por concentrar no plano os indivíduos de maior custo percebido.

Para manter o equilíbrio econômico-financeiro no tempo, os planos são reajustados anualmente para compensar as variações dos preços que impactam a prestação dos serviços e as variações na frequência de sua utilização, pois ambos afetam as despesas e suas variações. Os reajustes anuais devem recompor o equilíbrio econômico-financeiro do plano. Além desse reajuste anual, os beneficiários dos planos também podem ter outro reajuste, por mudança de faixa etária, tendo em cada mudança de faixa etária dois reajustes no ano.

Os planos individuais e familiares têm seu reajuste anual máximo determinado pelo governo. Já os planos coletivos não têm esse limite. Planos coletivos com mais de trinta vidas têm seu reajuste anual determinado por livre negociação entre as operadoras e o contratante ou estipulante do plano. Os contratos com menos de trinta vidas que estejam na mesma operadora são tratados como um único *pool* de risco, e todos têm o mesmo percentual de reajuste, que deve ser aderente à variação média anual da despesa com serviços de assistência à saúde desse grupo. Obviamente, o percentual varia de operadora para operadora. O órgão regulador desejou, com essa medida, evitar que alguns contratos tenham reajuste anual muito alto em razão de alguns de seus participantes terem tido enfermidades graves.

Essas são as principais características dos planos e seguros de saúde que interessam para este capítulo e pavimentam a análise da judicialização, suas condições de contorno, os principais motivos das demandas e as consequências econômicas e comportamentais das decisões. No contexto aqui analisado, a judicialização se refere ao crescimento acelerado do número de demandas judiciais na saúde pública em relação à população ou ao orçamento do Sistema Único de Saúde, ou, na privada, em relação ao número de beneficiários ou às receitas das mensalidades ou ainda às despesas com assistência à saúde.

O filósofo italiano Norberto Bobbio descreve o momento atual como a “Era dos Direitos”, em contraposição a eras anteriores em que os indivíduos, geralmente súditos em algum feudo, reinado ou império, tinham deveres, especialmente para com o Estado, mas poucos direitos. Perante o Estado, os deveres das pessoas estavam estabelecidos nas constituições, nas leis e normas, entre eles figurava o dever de pagar tributos. Pouco se falava dos direitos, que foram sendo conquistados ou reconhecidos no processo de desenvolvimento. Nesse processo evolutivo, passou-se dos Diretos à vida e à liberdade,





para os direitos à saúde e educação, à dignidade e ao exercício das preferências individuais quanto a crenças, religião, valorização do gênero, à participação em sociedade e à não discriminação de qualquer espécie. Entende-se claramente que a era dos direitos para o filósofo representa inegavelmente um importante avanço social.

A consciência dos direitos cresceu na época atual entre todas as pessoas, assim como o desejo de tê-los satisfeitos. E isso é bom. No entanto, parece que esse sentimento relativo aos direitos individuais termina por obscurecer que também há deveres como contrapartida de cada direito. Reconhecer deveres não significa postular uma volta ao passado, um retrocesso às eras medievais, feudalistas, escravagistas ou mesmo dos primórdios do capitalismo. Bem-vindos todos os direitos, mas sem olvidar que os indivíduos também carregam consigo uma gama de deveres. Nunca é demais exaltar os direitos individuais e sociais, mas essa exaltação não deve obscurecer o reconhecimento dos deveres.

No entanto, a merecida ênfase nos direitos parece estar levando indivíduos a somente verem os direitos e a não verem limites em seus direitos – muito menos os deveres inerentes. Em saúde, essa questão assume uma grande importância, por vezes baseada nos princípios de vida e de saúde como bens supremos, indisponíveis até mesmo para os indivíduos. As demandas em saúde não conhecem limites, assim como as demandas judiciais para tê-los atendidos, como testemunha o crescimento acelerado das ações judiciais – 130% entre 2008 e 2017 –, comparado com 50% de aumento na Justiça como um todo².

O número de demandas judiciais na saúde pública e privada é contado em diversas centenas de milhares³. Cresceu de forma intensa, até mesmo depois de 2014, com a forte redução do número de beneficiários de planos de saúde – perda de 3,6 milhões de vínculos entre 2014 e 2017. Muitas ações buscam a efetivação do direito descumprido; nesses casos, cabe apenas o infrator, para inibir que a prática seja repetida e se alastre.

Mas também se observam muitos diversos casos em que os demandantes “buscam vantagens” individuais não asseguradas nas normas vigentes ou nos contratos. Utiliza-se a expressão “busca de vantagem” porque, em tais situações, não houve o

² Dados da Pesquisa do INSPER para o CNJ 2019: “Justiça Pesquisa: Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e Propostas de Solução”. O trabalho identificou 499 mil processos na Primeira Instância e 277 mil na segunda instância.

³ Segundo o estudo do INSPER, número de processos distribuídos na primeira instância passou de 27 mil em 2010 e 2011 para 96 mil em 2017; na segunda instância, de 27 mil para 41 mil.





cumprimento do dever associado – que no caso da saúde privada é o pagamento do prêmio ou mensalidade correspondente do plano de saúde; no caso do Sistema Único de Saúde, o acesso a procedimento ou à medicação, não incluídos nas suas listas, na tentativa de obter o que não está disponível para todos.

Uma vantagem obtida individualmente onera toda a mutualidade do plano de saúde e toda a população que precisa recorrer ao Sistema Único de Saúde. Por isso, enfatiza-se, a era dos direitos deveria vir acompanhada da era dos deveres – não somente para com o Estado, como tradicionalmente, mas também, e de forma mais ampla, para com mutualidades e toda a sociedade.

Direitos e deveres devem ser indissociáveis. O direito à saúde, usualmente entendido como o direito de acesso aos procedimentos de diagnóstico e terapias sempre que a saúde faltar, deveria pressupor o cumprimento de deveres, como o de contribuir (com a mensalidade do plano ou com os tributos que financiam a Seguridade Social) e até mesmo os de cuidar da própria saúde pela adoção de hábitos saudáveis⁴.

O atual contexto socioeconômico e cultural favorece o movimento de reivindicação dos direitos. A forte intensificação das propensões, a reivindicar, deriva da maior consciência dos direitos, resulta de uma profunda mudança cultural na sociedade, iniciada com a publicação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990. Essa mudança é bem-vinda. Entretanto, recomenda-se não confundir com “expectativa de direito”, baseada exclusivamente na espera de o indivíduo obter algo a partir de seu desejo individual, sem o devido amparo no regramento de um sistema ou da letra de um contrato bilateral.

Enfatize-se: não há de se tolerar qualquer desrespeito a direitos. Mas deve-se distinguir a atitude e tentativas de obter vantagens não asseguradas nas normas ou nos contratos nem justificadas socialmente.

⁴ A reforma de 2013 da Constituição do NHS incluiu dispositivos tratando das responsabilidades do cidadão britânico, entre elas o de cuidar de sua saúde. Veja-se a este respeito proposta do *Select Committee on the Long Term Sustainability*, da Câmara dos Lordes do Reino Unido: “320. *The Government should be clear with the public that access to the NHS involves patient responsibilities as well as patient rights. The NHS Constitution should be redrafted with a greater emphasis on these often-overlooked individual responsibilities. The Government should relaunch the Constitution as part of a renewed and sustained drive to improve health literacy and educate the public about their common duty to support the sustainability of the health service, with children, young people, schools, colleges, further education institutions and employers forming a major part of this initiative*”

Fonte: <https://publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldnhssus/151/15109.htm>





Conforme mencionado, testemunham-se rápidas transformações de toda a ordem no mundo – tecnológicas, sociais, culturais, de costumes. Em tecnologia, o ritmo das inovações não conhece precedentes na história. Produzem-se tecnologias dispendiosas em velocidade superior ao crescimento econômico e, portanto, às possibilidades econômico-financeiras das famílias e seus orçamentos domésticos, das empresas, dos orçamentos públicos. A prolongada crise econômica no Brasil acrescenta dificuldades a todos esses setores, enquanto a epidemiologia segue seu curso normal ou até enfrenta agravamentos devido ao estresse provocado por situações de crise.

A tecnologia da informação permite a difusão virtualmente instantânea das inovações produzidas em qualquer parte do globo, o que exacerba as aspirações na sociedade brasileira, mas não acrescenta renda às pessoas e às famílias. A incorporação das inovações não é nem pode ser simultânea à incorporação em outras sociedades mais desenvolvidas. A aspiração assim incentivada leva os indivíduos a demandarem acesso imediato às últimas inovações, muitas vezes ainda sem suficiente evidência de sua efetividade. Essa é uma das forças motrizes da judicialização, mas não a única, como poderemos analisar a seguir.

Radiografia da judicialização na saúde suplementar

Um dos pilares analíticos do Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS), o Direito – junto com a Economia e a Promoção da Saúde e Qualidade de Vida – merece atenção redobrada ao identificarmos quais são os “agressores” capazes de comprometer a sustentabilidade econômica, financeira e assistencial da saúde suplementar. Nesse ambiente, realizamos um estudo de judicialização a partir da análise de quatro operadoras que nos fornecem informações. A base de dados é composta por 295 mil novos processos cadastrados, entre 2012 e 2018, e 238 mil encerrados nesse mesmo período. O estoque em tramitação ao final de 2018 era de 82 mil ações. A análise dessa base serve, de forma bastante robusta, como referência para analisarmos o comportamento da judicialização em todo o País, caso se deseje extrapolar tais análises.

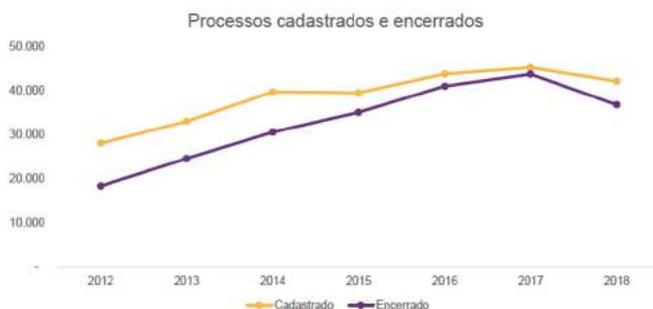
Nota-se no Gráfico 1 que o quantitativo dos processos cadastrados e encerrados ano após ano cresceu entre os anos 2013 e 2018, mantendo tendência de redução nos anos mais recentes. Observa-se claramente que o ritmo de encerramento superou o de cadastramento entre 2012 e 2017. Em 2018, caiu o número de cadastramentos e mais ainda o de processos encerrados. A redução do número de processos se deve às diversas ações judiciais em andamento no Superior Tribunal de Justiça afetadas como casos repetitivos, entre elas o reajuste por faixa etária, a (im)possibilidade de permanência no plano de saúde da empresa de demitido sem justa causa que necessita de tratamento continuado, a questão do Rol de Procedimentos, se taxativo ou





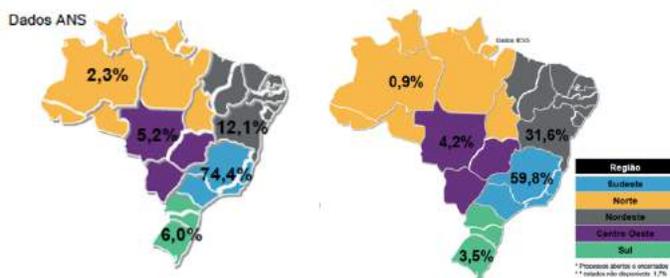
exemplificativo. Também colaboram no mesmo sentido as iniciativas de solução de conflitos extrajudiciais, em câmaras de mediação ou conciliação, o que será tratado mais adiante.

Gráfico 1. Cadastro (ano de abertura do processo) e encerramento de processos 2012-2018



Conforme demonstra o Mapa, no período analisado, em termos absolutos, a região Sudeste do Brasil detém 74% dos beneficiários e, por extensão, concentra o maior volume de processos. Entretanto, chama a atenção o fato de a região Nordeste contar com pouco mais de 12% dos beneficiários, mas, de maneira surpreendente, representar acima de 31% do total de processos em curso.

Mapa. Distribuição de beneficiários por região do País e Distribuição de processos por região



Fontes

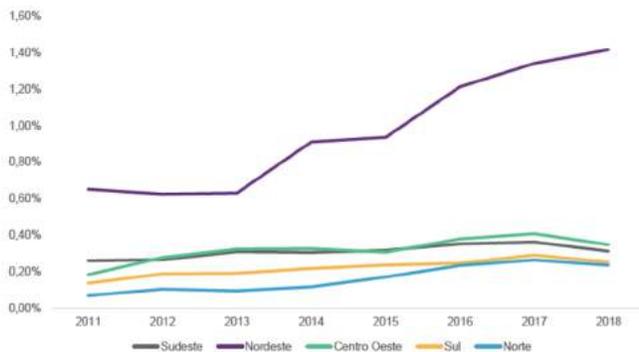
Distribuição de Beneficiários: Agência Nacional de Saúde Suplementar (média dos últimos 8 anos encerrados em 2018)

Distribuição de Processos: Mapeamento IESS (média dos últimos 8 anos encerrados em 2018)

Em termos proporcionais, tomando por base o número de ações ingressadas a cada 100

beneficiários, observa-se que a propensão por litigar é um fenômeno bastante nordestino. No Nordeste, a litigância por beneficiário cresceu sistematicamente, enquanto nas outras regiões manteve-se mais ou menos estável, com alguma tendência declinante em anos mais recentes, como é possível constatar no Gráfico 2.

Gráfico 2. Proporção da quantidade de processos abertos por ano sobre a quantidade total de beneficiários



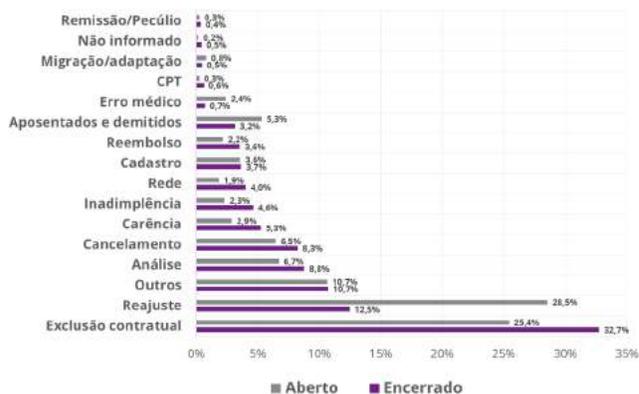
O tempo médio de tramitação dos processos encerrados desta amostra, entre 2012 e 2018, caiu de um ano e dez meses para um ano e sete meses, redução de 13,6%. A redução foi particularmente acelerada em Pernambuco, que teve queda de 38,5%, e na Bahia, de 42,9%.

Para uma melhor compreensão sobre o tema, o Gráfico 3 ilustra a distribuição dos principais motivadores dessa amostra de grandes operadoras. Exclusões contratuais era o tema de 32,7% dos casos encerrados e 25,4% dos novos casos cadastrados. Caiu, portanto, o estoque pendente de decisão relativo a esse tipo de demanda. O segundo item mais demandado é relativo aos reajustes anuais e por faixa etária, com 12,5% dos encerrados e 28,5% dos novos casos.

Nota-se uma mudança no perfil das demandas – queda nas demandas relativas a exclusões e intensificação das demandas por reajustes, que se tornaram dominantes. Esse movimento pode ser atribuído a melhorias nos processos das autorizações e aos elevados aumentos das despesas com a assistência à saúde nesse período, o que levaram a altos reajustes das mensalidades, tanto dos planos individuais quanto dos coletivos.



Gráfico 3. Demandas em face de planos de saúde – principais causas – amostra operadoras 2011-2018



Em fins de 2019, tramitavam na Justiça mais de 670 mil demandas contra planos e seguros de saúde⁵. Assim como mostrado no Gráfico 2, os motivadores objetivos das demandas se vinculam a diversos fatores típicos do setor de saúde.

A Lei nº 9.656 determinou a cobertura de todas as doenças listadas na CID-10, e previu explicitamente exclusões ligadas a tratamentos experimentais, com fins estéticos, inseminação artificial, tratamentos para rejuvenescimento ou emagrecimento para fins estéticos, medicamentos importados não nacionalizados, medicamentos para tratamento domiciliar, fornecimento de órteses e próteses não lidadas ao ato cirúrgico, tratamentos ilícitos ou antiéticos (art. 10 e alíneas).

Cada uma dessas exclusões de cobertura, com a possível exceção dos ilícitos ou antiéticos, enseja demandas judiciais.

Durante quase meio século, desde sua criação em meados dos anos 1950 até a Lei nº 9.656, o setor operou sem regulamentação (exceção feita às seguradoras que entraram nesse mercado nos anos 1980 e foram submetidas à regulamentação da Superintendência de Seguros Privados). Os contratos de planos e seguros de saúde, pactuados no período anterior à eficácia da Lei nº 9.656, de 1998, eram muito

⁵ Informação fornecida por C. Schulze, no curso a distância veiculado pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense.



heterogêneos quanto às diferentes cláusulas relativas às carências, faixas etárias, coberturas e exclusões, limites financeiros, de tempos de internação, de número máximo de determinados procedimentos. Essa enorme heterogeneidade de cláusulas foi resolvida com a Lei nº 9.656, de 1998, que normatizou esses e outros aspectos, como visto acima neste texto.

A regulamentação determinava a migração ou a adaptação dos contratos anteriores a 1º de janeiro de 1999, ditos contratos ou planos antigos, às determinações da lei. Essa determinação foi contestada pelos consumidores que preferiram manter seus contratos a ter de arcar com majoração das mensalidades. Com essa escolha, as limitações de seus contratos antigos continuavam válidas, para insatisfação daqueles beneficiários que vinham a necessitar de coberturas incluídas na nova regulamentação, mas excluídas de seus contratos. As demandas típicas nessas situações eram contra limites financeiros, reajustes e exclusões de cobertura.

Vários desses motivadores foram resolvidos com o Código de Defesa do Consumidor, que declara nulas de pleno direito cláusulas limitadoras, normalmente escritas para não serem facilmente percebidas, de coberturas excluídas, gastos financeiros, tempos de internação, número de procedimentos, entre outras.

Com exceção das cláusulas consideradas nulas pelo Código de Defesa do Consumidor, os termos desses contratos antigos constituíam atos jurídicos perfeitos, pois não contrariavam nenhuma norma legal, porque tal não existia.

Não havia norma para os reajustes anuais, e cada contrato podia explicitar um índice de reajuste anual ou uma regra claramente formulada; tampouco havia norma de precificação por idade, e os contratos podiam conter cláusulas de reajustes aplicáveis para septuagenários e octogenários, muitas vezes sem estabelecer os percentuais em cada passagem de faixa etária. Diante de reajustes mais altos do que o limite fixado pelo Governo, a tendência dos portadores de planos antigos não adaptados era a de demandar que o reajuste fosse limitado ao percentual máximo admitido oficialmente. Ainda há demandas com essa origem.

Por isso, muitas das demandas são originadas desses contratos antigos não adaptados. Com a Lei nº 9.656 e as normas subsequentes editadas pelo Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU), muitos desses fatores originadores de demandas foram equacionados. A Lei não vedou a faculdade de estabelecer preços de acordo com a idade nem definiu as faixas, mas, no seu art. 15, determinou que essa faculdade somente pudesse ser exercida se os contratos explicitassem as faixas e os respectivos preços, portanto, também os índices de reajuste em cada passagem de faixa etária.





Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

A Resolução nº 08 do Conselho Nacional de Saúde Suplementar fixou sete faixas etárias, admitindo o último reajuste aos 70 anos de idade. Esse dispositivo não contrariava nenhuma norma legal e sua adoção nos contratos era, portanto, ato jurídico perfeito, inalcançável por normas posteriores.

A superveniência do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 2003, com eficácia a partir de 1º de janeiro de 2004, em seu art. 15, § 3º, vedou discriminar idosos nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade – verbis:

Artigo 15, § 3º. É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Em vista desse dispositivo, a Agência Nacional de Saúde Suplementar alterou a Resolução nº 08 do Conselho Nacional de Saúde Suplementar, para adotar dez faixas etárias, a última começando aos 59 anos de idade.

Em razão dessas mudanças legais, sobrevivem contratos pactuados sob três diferentes vigências normativas: contratos antigos não adaptados, anteriores a 1999; contratos pactuados entre 1999 e 2003; e contratos pactuados na vigência do Estatuto do Idoso, a partir de 2004. Considerando que as cláusulas não tenham ferido nenhuma norma legal, sendo, portanto, atos jurídicos perfeitos, os reajustes por mudança de faixa etária seguiriam três dispositivos diferentes, de acordo com a data de pactuação do contrato. Os antigos podem ter os reajustes explicitados nos contratos, sem limites de idade; os pactuados na vigência da Resolução nº 08 do Conselho Nacional de Saúde Suplementar podem ter reajustes aos 60 e aos 70 anos de idade; os pactuados na vigência do Estatuto do Idoso terão seu último reajuste por mudança de faixa etária aos 59 anos de idade. Essa questão ainda está pendente de decisão pelo Judiciário.

Compreende-se, portanto, a existência de tantas demandas relativas aos reajustes por faixa etária. Há outros aspectos adicionais nessa agenda. Nos anos recentes, observou-se um crescimento acelerado das demandas relativas aos reajustes, que se tornaram predominantes, à frente das demandas por coberturas. Dizem respeito à alegada





abusividade do percentual de reajuste, tanto o anual quanto por mudança de faixa etária ou à aplicação de reajustes em idades acima dos 60 anos, sob a alegação de contrariar o Estatuto do Idoso.

As regras para esse reajuste variam por tipo de contratação e já foram explicadas anteriormente. Compreende-se que a variação das despesas per *capita* apresenta uma grande dispersão entre os diferentes contratantes e que esta enseja demandas judiciais. Altos percentuais de reajuste são necessários mediante o igualmente alto crescimento das despesas per capita. Caso o reajuste não seja equivalente à variação da despesa, e essa prática seja reiterada, notar-se-á crescente desequilíbrio econômico-financeiro, que poderá levar a operadora à insolvência.

Sobre as variações por mudança de faixa etária, observam-se dois tipos de alegação – abusividade do percentual aplicado na passagem dos 58 para os 59 anos de idade e impossibilidade de aplicação para quem já completou 60 ou mais anos de idade –, independentemente da época de pactuação do contrato, em razão do Estatuto do Idoso.

Na questão da abusividade, deve-se considerar que percentuais altos decorrem da elevada variação das despesas per *capita* na passagem da penúltima para a última faixa etária, cabendo à operadora a demonstração dessa variação perante o julgador nos casos concretos⁶. Virtualmente, todas as estatísticas brasileiras e internacionais mostram que nessa passagem de faixa etária a despesa per *capita* dobra – um simples fato da vida. Portanto, o reajuste será necessariamente alto.

A regulamentação diz que o preço da última faixa pode, no máximo, ser seis vezes maior do que o preço da primeira e que a variação percentual da sétima para a décima não pode ser maior do que a variação da primeira para a sétima. Essa segunda condição foi introduzida pela Resolução Normativa nº 63 da Agência Nacional de Saúde Suplementar, de 2003, para evitar reajustes baixos, nas mudanças das faixas etárias anteriores, concentrando grande parte do reajuste na última. Por isso, em contratos celebrados até o final de 2003 podem-se observar reajustes bem altos, sem contrariar nenhuma norma legal. Essa prática é usualmente entendida como contrária aos interesses dos consumidores e objetivaria a expulsão dos idosos de seus planos de saúde. Do ponto de vista estritamente técnico e financeiro, essa prática é benéfica aos beneficiários. É fácil de entender. O preço da última faixa é, por Resolução do Conselho Nacional de Saúde

⁶ A demonstração atuarial da necessidade do reajuste na passagem dos 58 para os 59 anos de idade consta da Nota Técnica de Registro de Produto, NTRP, que deve ser aprovada pela ANS para que o plano possa ser comercializado.





Suplementar ou da Agência Nacional de Saúde Suplementar, seis vezes o da primeira, independentemente da trajetória dos preços nas faixas intermediárias. Quanto menores os reajustes nas faixas intermediárias menor será o desembolso acumulado como mensalidade. O beneficiário disciplinado que investisse o valor a menor de cada mensalidade nas faixas anteriores à última poderia acumular uma poupança que lhe permitiria pagar dezenas de mensalidades⁷. Essa realidade sugere que se linearizem os reajustes entre a sétima e décima faixas etárias, isto é, que se aplique o mesmo percentual em cada mudança. Essa regra não existe, mas nada impede que seja adotada. Aplicando-se as normas de precificação vigentes, o percentual uniforme seria de 34,8%. Reconheça-se, trata-se de um percentual alto. Mas poderia ser considerado abusivo se resulta da estrita aplicação das normas, em respeito ao simples fato da vida que é o alto aumento da despesa média per *capita* nessa mudança de faixa?

Outras demandas questionam a aplicação de reajustes depois dos 60 anos de idade nos contratos celebrados antes de sua vigência, o que seria vedado pelo Estatuto do Idoso. Contratos pactuados na sua vigência seguem estritamente essa regra e não têm reajustes depois dos 60 anos de idade. Porém, contratos celebrados antes de sua vigência podiam ter reajuste ao completarem 60 e de novo aos 70 anos. Esse dispositivo contratual não contrariava as normas da época da celebração, sendo, portanto, um ato jurídico perfeito. A Constituição Brasileira preserva o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa transitada em julgado. No entanto, nas primeiras e segundas instâncias da Justiça observam-se decisões pela não aplicação dos dispositivos desse Estatuto aos contratos celebrados antes de sua vigência, bem como sentenças em direção oposta. A questão ainda está pendente de decisão pelo Judiciário.

Decisão que vede a aplicação dos reajustes pactuados nos contratos celebrados antes da vigência do Estatuto, nas mudanças de faixas etárias depois dos 60 anos de idade, terá consequências econômicas e financeiras sobre as operadoras. As avaliações atuariais, demonstradas na Nota Técnica de Registro de Produtos e aprovadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, foram feitas na hipótese de efetiva aplicação nas mudanças de faixas etárias estabelecidas nas normas, aos 60 e aos 70 anos de idade. A não aplicação causará perdas financeiras relevantes para as operadoras⁸.

Cabe ainda mencionar outros importantes aspectos da saúde suplementar que motivam demandas judiciais. O setor é regulado, as regras mudam com frequência e nem sempre

⁷ Martins, C. B. Reajuste por faixa etária, uma abordagem financeira. IESE, março 2009.

⁸ Estimativas de impacto podem ser encontradas em: Parecer Técnico Atuarial. FIPECAFI & MILLIMAN, 2009, apresentado no III Congresso Jurídico da Saúde Suplementar de SP. **Citar trabalho de Migon**





permitem uma discriminação clara dos casos concretos entre o direito e o não direito. Ou seja, dada a inevitável generalidade da norma, haverá sempre muitos casos concretos que cairão no que se convencionou denominar de zona cinzenta. Essa é a área típica de atuação do Judiciário, e a sentença, nesses casos, pode ou deve sopesar princípios constitucionais do valor supremo da vida, do direito à saúde, da dignidade da pessoa humana.

A prestação dos serviços de assistência à saúde é complexa, com uma longa cadeia de valor que vai desde a indústria supridora de equipamentos, materiais, insumos e medicamentos, passando por uma vasta gama de profissionais de saúde, prestadores que se organizam em clínicas, laboratórios e hospitais. O elevado crescimento das despesas com assistência à saúde e a prolongada recessão econômica estressou essas relações. Diante do persistente desemprego e da queda nas rendas a partir de 2014, o acesso aos serviços de saúde ficou mais difícil, até mesmo no setor público, ao tempo em que a procura pode ter se exacerbado em razão de o estresse trazido pela situação econômica do País reduzir a imunidade. Diante dessas dificuldades, as pessoas viram no Judiciário o caminho mais fácil e rápido para conseguir acesso aos serviços de saúde, públicos e privados.

Por fim, como citado anteriormente, resta ainda uma análise a respeito de avanços tecnológicos. Motivados pela percepção dominante, nem sempre correta, de que o mais caro e mais recente é sempre melhor, os consumidores saem à busca, até mesmo pela via judicial, de acesso a essas inovações de última geração. Tendência essa particularmente intensa em uma sociedade que privilegia o inédito, o consumo, o mais sofisticado, mesmo sem evidências de sua efetividade ou de melhores resultados clínicos para os pacientes.

Por vezes, defende-se até mesmo as tecnologias ainda experimentais ou a utilização *off label*, para as quais não se acumularam ainda evidências suficientes de sua eficácia e efetividade. Colaboram ainda para o crescimento das demandas a atitude de profissionais diante de inovações recém-lançadas no mundo, ainda sem evidências firmes de sua efetividade clínica, de testá-las em seus pacientes, muitas vezes desesperados diante do mal que os aflige.

Consequências da judicialização

No setor de saúde, os mercados são notoriamente imperfeitos, sendo a assimetria de informação a principal delas. Demandas que chegam à Justiça são sempre acompanhadas de laudo técnico de um profissional da saúde, atestando a necessidade, sob pena de graves e iminentes consequências à saúde do paciente. O magistrado, que não tem formação técnica em medicina, julga-se incompetente para avaliar o laudo





médico e tende a acatar a demanda. Conhecedor desse problema, o Conselho Nacional de Justiça adotou diversas iniciativas com o intuito de colocar à disposição dos juízes meios para que busquem informações relativas ao laudo e se certifiquem de sua aplicabilidade ao caso em julgamento. Entre elas, a criação de Núcleos de Apoio Técnico, bibliotecas de pareceres e notas técnicas. A consulta a esses meios permite que o magistrado forme sua convicção quanto à questão de se tratar de emergência, ou não, se há alternativas disponíveis, se o procedimento indicado é compatível com as evidências clínicas. O Conselho Nacional de Justiça tem sido incansável em estimular os juízes a consultarem esses dispositivos e assim prolatarem decisões mais bem fundamentadas.

Não obstante os esforços do Conselho Nacional de Justiça, pesquisas recentes mostraram que os julgadores faziam pouco uso desses meios⁹. O mesmo comportamento ainda era observado em pesquisas mais recentes, como o Relatório do Tribunal de Contas da União (TCU)¹⁰, de 2017, e a pesquisa feita pelo Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa para o Conselho Nacional de Justiça, de 2019. Diante dessas constatações, este Conselho não apenas reiterou suas recomendações, como, para torná-las mais facilmente exequíveis, estabeleceu cooperações técnicas com importantes instituições de saúde e acadêmicas para desenvolverem bibliotecas e pareceres para serem consultados pelos magistrados.

O Judiciário também se esforça para dar mais celeridade à solução das demandas. Segundo Justiça em Números, de 2019, em 2014, em todo o Judiciário do Brasil foram cadastradas 29,0 milhões de demandas não criminais, e encerradas 28,4 milhões; quatro anos depois, em 2018, foram cadastradas 28,0 milhões, ou seja, 3,4% a menos, e encerradas 31,9 milhões, ou seja, 13,9% a mais. Esse resultado promissor se deve em parte à maior adoção de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos e à migração para processos eletrônicos¹¹, o qual contribuiu para acelerar a tramitação das ações.

Conclusão: Caminhos

Demandar na Justiça é direito de todos; demandar quando direitos são desrespeitados e as partes não alcançam o acerto fora do Judiciário é o caminho que resta para assegurar

⁹ Neto, J. P. G. e Schulze, C. J. *Direito à Saúde. Análise à Luz da Judicialização*. PA: Verbo Jurídico, 2015.

¹⁰ TCU – Relatório de Auditoria Operacional na Saúde Pública. 16 de agosto de 2017.

¹¹ CNJ, *Justiça em Números*, de 2019. Segundo essa publicação, 13% dos processos eram eletrônicos em 2010 e 83,4% em 2018, um notável progresso.





o direito. Porém, demandar sem motivo justo não é correto. As ações judiciais têm custos que são arcados por toda a sociedade, custos esses que constituem apenas uma, mas muito importante, de suas consequências econômicas.

Considerando os custos sociais envolvidos, a incerteza jurídica provocada por decisões que não sigam os termos das normas ou cláusulas dos contratos, é de interesse social que esse crescimento acelerado seja contido. Obviamente sem impedir o acesso à Justiça. Em linha com a multiplicidade de motivadores, múltiplas precisarão ser as medidas para conter o ritmo de crescimento. Entre elas encontram-se os mecanismos de conciliação e mediação, os Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário em todos os tribunais estaduais de Justiça, o desenvolvimento de bibliotecas com documentação de evidências das terapias indicadas, bibliotecas com pareceres específicos sobre os principais tipos de demandas, publicações educativas para os consumidores sobre seus direitos e deveres, a melhoria dos processos de autorização por parte das operadoras, canais disponíveis para postagem de demandas por parte dos beneficiários dos planos de saúde com comunicação imediata ao demandado para avaliar possível acerto prévio ao ingresso na Justiça. E acima de tudo, informar os julgadores de sua existência, estimulá-los a deles se valerem, acompanhar a frequência de acessos e consultas.





A MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO À EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE¹

MINISTRO MARCO AURÉLIO BUZZI

Ministro Marco Aurélio Buzzi

Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI/SC (Brasil), Mestrando em Sistemas Alternativos de Resolução de Conflitos pela Universidade Nacional de Lomas de Zamora – UNLZ (Buenos Aires, Argentina) e Especialista (Pós-Graduação) em Direito do Consumo pela Universidade de Coimbra (Portugal).

¹ O presente texto foi produzido e adaptado a partir da exposição feita pelo autor no evento **IX Congresso Jurídico de Saúde Suplementar**, que teve como objetivo debater com os participantes propostas voltadas à intensificação de campanhas pela desjudicialização de conflitos de interesses, especialmente aqueles que envolvem disputas relacionadas ao setor de saúde suplementar.





1. INTRODUÇÃO

A saúde suplementar é a atividade que envolve a operação de planos ou seguros ligados a essa área e é regulamentada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), abrangendo seguradoras especializadas, medicinas de grupo, cooperativas, instituições filantrópicas e autogestões.

Esse ramo de atividade surgiu no Brasil por volta do ano 1960, em decorrência do crescimento dos postos de trabalhos formais, e tinha por finalidade fazer frente a reclamos advindos da rápida industrialização do país, ante a insatisfação então existente em relação ao IAPS (Instituto de Aposentadorias e Pensões).

Com a crescente demanda por esse tipo de serviço, por consequência quase lógica, as empresas que atuavam no setor saúde suplementar acabaram liderando a lista de reclamações de órgãos de proteção e defesa do consumidor e, mais tarde, diversos desses conflitos acabaram chegando ao judiciário, fenômeno que se convencionou chamar de “judicialização da saúde”.

Conforme leciona a Professora e Juíza Federal Luísa Hickel Gamba, um número cada vez maior de ações aponta na Justiça buscando a efetivação do direito à saúde, o que tem motivado o debate a respeito da própria caracterização dessa tutela, da possibilidade e limites de sua concretização via judicial².

Esse cenário, assim como ocorre em diversos outros ramos do direito - com destaque para as relações de consumo -, revela a necessidade de se incrementar o uso dos métodos mais adequados de resolução de conflitos, mediante o recrudescimento de campanhas atinentes à desjudicialização de contendas.

Vale dizer que os números do site “consumidor.gov”, plataforma que intermedeia reclamações de consumidores frente aos fornecedores de bens de consumo, já registra a obtenção de solução definitiva em mais de um milhão de casos, os quais deixaram de ser levados ao judiciário onde, certamente, teriam curso durante longos anos para, somente após, encontrar sua resolução.

Por outro lado, valendo-se dos dados trazidos pelo colega de mesa, Luciano Benetti Timm, Secretário Nacional do Consumidor (Ministério da Justiça), é possível afirmar

² Artigo: O direito à saúde e sua efetivação social. In: Curso de Direito Constitucional Modular. Org. Paulo Afonso Brum Vaz, Jairo Gilberto Schäfer – Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.



que, muito embora sejam interessantíssimos os números citados, ainda assim, se comparados com a imensa densidade de processos em andamento nas varas e tribunais de todo o país, os índices de composições ainda são tímidos em relação à conflituosidade do setor.

Tal fato, como bem destacado pelo Excelentíssimo Ministro Fux, também presente neste evento, em boa parte se deve ao modelo jurídico adotado pelo Brasil, que preserva, até os dias atuais, suas raízes no Direito Romano, com grande influência do Germânico, os quais, em que pese fomentem a previsibilidade e a segurança jurídica, geram resistência a tudo que não esteja disciplinado por uma norma legal, além de acarretar uma acentuada predileção pela cultura do litígio e a busca do seu desfecho pela sentença.

Como se constatará no decorrer do presente artigo, há números e fatos que corroboram a necessidade da desconstrução desse cultura, e para que isso ocorra, é importante que mecanismos voltados à desjudicialização de conflitos de interesse estejam disponíveis para toda a sociedade.

Nessa esteira, não há como omitir referência ao FONAJE (Fórum Nacional dos Juizados Especiais) que, por intermédio dos juízes mais ligados aos Juizados Especiais e ao antigo Juizado de Pequenas Causas, foram fundando, no Brasil, e conduzindo para o interior dos ambientes forenses, diversas práticas e iniciativas que se consubstanciaram no embrião do que hoje se convolou em métodos simplificados de pacificação social, a exemplo do Movimento pela Conciliação, e mais tarde, a formalização da Política Pública do Poder Judiciário alusiva aos Mecanismos Mais Adequados de Solução de Conflitos, instituída pelo Conselho Nacional da Justiça, de onde se originou, pelas competentes mãos do Professor Kazuo Watanabe, a Resolução 125- CNJ/2010.

No que se refere à ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), tem-se notícia de que a mentalidade já vem sendo mudada, pois gestores da instituição estão promovendo a adaptação do empreendimento aos métodos alternos, com a adoção de práticas que, gradativamente, vêm contribuindo para a diminuição de casos que ensejariam a judicialização da saúde.

Nesse trilhar de ideias, o objetivo da presente missiva, portanto, é propor que o sistema da saúde suplementar intensifique, ainda mais, as excelentes experiências já praticadas em determinados setores, com altos índices de sucesso obtidos nas sessões informais de mediação.

2. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Internamente, a Constituição Federal de 1988 contempla os direitos fundamentais, que





estão alinhavados nos arts. 5º até 17. A proteção à saúde, por sua vez, está contida no art. 196 da Carta Magna, nos seguintes termos: “*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”.

O princípio básico do direito à saúde, enquanto objeto de política pública, é a sobrevalorização das medidas preventivas, todavia, sem prejuízo dos serviços assistenciais. Para tanto, o Estado instituiu entidades públicas, criando mecanismos de cooperação entre estas e o setor privado, objetivando uma execução de suas políticas voltadas à sua garantia, de maneira mais igualitária e universal, observadas as diferenças regionais e sociais existentes no país.

Aqui cabe bem recordar as lições proclamadas pelo lusitano Professor Canotilho, catedrático da Universidade de Coimbra, severo ao pontuar que os direitos, além de declarados e reconhecidos, necessitam ser prestados.

Daí que se pretende vivenciar, na atualidade, a era dos direitos prestacionais, ou seja, deseja-se fazer com que o direito já reconhecido nos textos das leis seja, agora, efetivamente materializado, colocado à disposição para desfrute do cidadão. Portanto, se a vida com dignidade (proteção à saúde) é reputada bem elementar, também o é o instrumento que pode concretizá-la em caso de cerceamento.

No que pertine ao mencionado direito, em 2019, havia no Brasil aproximadamente 1.022 (um mil e vinte e duas) operadoras de planos em pleno funcionamento, contando elas com quase 47 milhões de filiados, ou seja, um universo de titulares que corresponde à aproximadamente $\frac{1}{4}$ (um quarto) da população do país. Como se vê, o Estado utiliza-se da iniciativa privada para aumentar e complementar a sua atuação em benefício da saúde da população.

Por outro lado, não se olvide que há segmento social, próximo de 20% (vinte por cento) da densidade demográfica, situado abaixo da linha da pobreza, que não possui mínimas condições financeiras para aderir a qualquer plano privado de assistência à saúde.

Outrossim, a prestação de serviços relativos a direitos, destacadamente os de cunho social, envolve custos operacionais que são financiados pelos impostos e, ainda assim, mesmo se viabilizados por entidade privada, são igualmente pagos pela sociedade civil, nesta hipótese, pelo beneficiário direto.

Em que pese a verba orçamentária para a saúde pública, no âmbito da União, observe, ano após ano, um alargamento substancial, mesmo assim é a iniciativa privada que



responde por grande parcela dos serviços prestados, à fração de aproximadamente $\frac{1}{4}$ da população.

Qual a razão dessa referência? É que, muito embora o universo de possíveis beneficiários não alcance a totalidade da população, ainda assim, nos últimos 5 (cinco) anos, houve um aumento de 600% (seiscentos por cento) no número de ações contra os planos de saúde privados.

A estatística desse período (2018/2019) revela que, no Judiciário, tramitaram cerca de 110 milhões de ações, das quais 31 milhões foram jugadas. Desse montante, 79 milhões passaram adiante, ou seja, ficaram no estoque compondo o índice relativo à “taxa de congestionamento”, e aí está uma das razões para a crise do Judiciário.

No mesmo período (2018/2019), 27 milhões de ações novas ingressaram na Justiça, ao passo que os magistrados de todos os graus de jurisdição julgaram 31,8 milhões de processos. Assim, pela primeira vez, em 15 anos, ocorreu uma baixa de processos no estoque forense, pois se obteve reduzir o volume de feitos ante aquele indicativo de ingresso das novas demandas.

A propósito, registre-se que, de acordo com dados estatísticos oficiais, no Brasil, no ano de 2018, cada um dos 18 mil juízes de direito julgou, em torno de 1.819 processos, o que resulta uma média de 7,2 decisões por dia útil.

Todavia, nesse contexto numérico, no âmbito dos serviços prestados pelo sistema suplementar e privado, o volume de demandas passou a ser muito significativo.

Sobre esse fenômeno, Shulze discorre:

Com a divulgação do resultado dessas decisões judiciais, a população mais carente recorreu à Defensoria Pública que, muito eficiente, passou igualmente a postular a prestação desses serviços, tanto os de natureza pública como os decorrentes do sistema suplementar. O efeito dessas iniciativas foi o desencadear de um sem número de ações judiciais, que resultou no fenômeno denominado “judicialização da saúde”³.

³ SCHULZE, Martin. Métodos Adequados de Resolução de Conflitos e sua aplicação nas relações entre atores da saúde suplementar como alternativa para reduzir a judicialização da saúde. In: Revista de Direito da Saúde Suplementar – Ano 4 – n. 4 Anual. São Paulo: QuartierLatin, 2020, p. 117-130.





Alia-se a esse fato a circunstância de que nem sempre a jurisdição é dotada de magistrados com especialização nesse setor de atividades, valendo destacar que os temas mais judicializados frente aos planos de saúde dizem respeito à exclusão de coberturas, à discussão sobre o valor das mensalidades, aos reajustes por mudança de faixa etária e aumento de sinistralidade.

Esses detalhes, somados a outros de igual relevância, renderam ensejo a que o Judiciário e o setor da saúde suplementar buscassem meios para se enfrentarem dificuldades diagnosticadas.

Foi assim que, muito embora em sede de contratos na área privada, integraram-se ao exame de tais ajustesas noções alusivas ao equilíbrio entre os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível. A doutrina chama essa tentativa de equalização de “contexto social de escolhas trágicas”, configurado pela tensão dialética entre a necessidade estatal da prestação de um direito e o cenário de recursos escassos.

Em decorrência desse panorama, o Supremo Tribunal Federal capitaneou a realização da primeira Audiência Pública direcionada à concretização do direito fundamental à saúde, ocorrida nos dias 27, 28 e 29 de abril, com conclusão em 4, 6 e 7 de maio do ano de 2009.

Fruto dessas reuniões, foi expedida a Recomendação nº 31/2010, do Conselho Nacional da Justiça, que apontou para a necessidade de os Tribunais subsidiarem os magistrados, com atuação nessa área específica, assegurando maior eficiência nas suas decisões, com destaque para a disponibilização de apoio técnico, por meio de médicos e técnicos, a fim de auxiliarem na formação de juízo de valor quanto à apreciação das questões eminentemente clínicas.

Na sequência, foi editada a Resolução n. 107/2010 – CNJ, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde, entidade coordenada por um Comitê Executivo Nacional e integrado por Comitês Estaduais, todos dotados de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário, hoje já afamados NAT-JUS.

Destaca-se que os Comitês Executivos são integrados por magistrados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos e por representantes do Poder Executivo (ANS, ANVISA etc.) e médicos, sendo que tais profissionais e entidades integram o Fórum do Nacional Judiciário para a Saúde. Nele são propostas medidas de aperfeiçoamento dos procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais, bem como a prevenção de novos conflitos, tudo o que é promovido no âmbito de Jornadas de Direito à Saúde, com o objetivo de emitirem Enunciados e Recomendações destinados a servir de



orientação e uniformização dos entendimentos formados nesta área de atividade e de jurisdição.

Sem dúvidas, como reflexo dessas acertadas medidas, o volume de demandas aforadas, decorrentes dos conflitos ligados ao sistema de saúde, passou a ser reduzido de modo substancial.

Entretantes, ainda assim, diante dos números anteriormente já referidos, e das causas originadoras dos conflitos de interesses neste setor, é também evidente o acerto do emprego da sistemática multiportas para a superação das divergências advindas das atividades dessa natureza, pois a sua utilização, nesse braço do Estado, com certeza absoluta, gera impactos em economia de tempo, de recursos financeiros e de estrutura pessoal e material.

De acordo com informações estatísticas colhidas nos anos de 2018/2019, havia em andamento, no Brasil, cercade 1.778.000 (um milhão, setecentos e setenta e oito mil) ações envolvendo o setor de saúde suplementar, como reflexo da insatisfação com a prestação de serviço, valendo frisar que esse volume de processos só não é exponencialmente maior em razão de uma inteligente política institucional, tanto do Judiciário quanto do setor privado de saúde.

Isso porque, como já dito anteriormente, no âmbito da ANS a mentalidade já vem sendo mudada, pois os gestores da instituição estão promovendo a adaptação do empreendimento aos métodos mais adequados de solução de conflitos, o que marca o início de uma grande e positiva caminhada na busca da resolução consensual dos assuntos afetos à saúde suplementar.

Assim, valendo-se da NIP (Notificação de Investigação Preliminar), que permite um criterioso exame das circunstâncias comunicadas ao setor, é promovido estudo dos casos que envolvem as reclamações de natureza assistencial ou referentes a outros assuntos pertinentes ao ramo, com o intuito de se evitar a abertura de um processo administrativo contra a operadora, tornando ainda mais improvável a probabilidade dessa reclamação converter-se em demanda judicial.

Então, é necessário, agora, um grande esforço de conscientização para a efetiva implementação desses métodos, ainda em maior escala, na área da saúde suplementar, pois a busca pela solução de conflitos, por via de modalidades consensuais, é muito mais apropriada, racional, econômica e satisfatória, quando comparada com os tradicionais caminhos da judicialização de demandas, essas últimos que, além de importarem em altos custos para as partes para o próprio Estado, restam eternizadas nos escaninhos judiciais.





A esse propósito, no mesmo sentido foi a exposição do eminente Ministro Fux, do colendo Supremo Tribunal Federal, que neste evento destacou as ODRs (Online Dispute Resolutions) como meios ainda mais ágeis para solver litígios, não apenas na hipótese do interessado considerado isoladamente, mas igualmente naquelas repetidas ocasiões em que os direitos individuais ou coletivos estejam em jogo.

No Brasil, esses métodos mais adequados grassaram pela principal porta de entrada da Casa da Cidadania, o que também aconteceu com os Juizados de Pequenas Causas, pois muito antes da já superada Lei n. 7.244/1984, a sociedade, de fato, organizou atividades inerentes ao sistema posteriormente normatizado, verificando-se o mesmo fenômeno em relação à disciplina do uso do solo urbano, do acesso ao ensino, à saúde.

Aliás, nesse ponto, é importante recordar que, a contar de experimentos voluntários na remota época dos Juizados de Conciliação, muito antes de qualquer legislação e, mesmo anteriormente ao surgimento dos citados Juizado de Pequenas Causas, já era possível resolver conflitos por via de métodos consensuais. Experiências muito exitosas foram desenvolvidas, de modo absolutamente informal, nos estados do Rio Grande do Sul e São Paulo, entre outros.

E retrocedendo um pouco mais na história, resgata-se que, ao tempo da Constituição do Império de 1824, o seu art. 161 previa que fosse realizado, fora do Judiciário, o ajuste capaz de superar o litígio, por intermédio do Avindor, do Consertador e, por último, do Juiz de Paz, o que já era previsto, aliás, ao tempo das Ordenações (Manuelinas e Filipinas), mas fora suprimido com a Constituição da República, não se podendo deixar de registrar que isso foi um lamentável retrocesso.

Atualmente, apesar de ainda não se ver restaurada a capilaridade da rede de serviços de mediação e conciliação montada ao tempo do Império — obviamente, não se trata de comparar densidades numéricas, mas apenas dados que indicam proporções — o fato, no entanto, é que não se constata resgatadas, nos moldes como outrora já houvera, as variadas modalidades de serviços alinhados para com o resguardo da “boa convivência” nas comunidades.

Transferindo esse foco de preocupação para as hostes do Poder Judiciário, cumpre fazer referência as políticas de tratamento de conflitos que, após o decorrer de longos anos de intensos trabalhos, resultaram na instalação dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos - CEJUSCs (art. 165, do CPC), hoje já espalhados por todo o território nacional.

Esses Centros são locais nos quais são oferecidos serviços à população, e neles é possível receber interessados que ainda não ingressaram na Justiça, para ali buscarem a



composição de conflitos oriundos, inclusive, das relações próprias dos contratos de saúde suplementar. E isto também é importante que seja divulgado à sociedade: qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, pode comparecer e solicitar, previamente à via judicial, o agendamento de uma sessão em que os envolvidos naquela relação material buscarão, consensualmente, compor a lide.

Apenas à guisa de esclarecimento, também se admite a realização de acordo referente a processo já levado ao Judiciário, ou seja, já em andamento, hipótese em que, na oportunidade da audiência de mediação ou conciliação expressamente prevista no art. 334, do atual CPC, ou nos moldes referidos no art. 515, II, do mesmo diploma legal, viabiliza-se o ajuste entre os contendores, com a posterior prolação de sentença homologatória, encerrando-se a disputa.

Quanto aos agentes que atuam nesses atos, é salutar destacar que, não obstante o atual sistema normativo tenha indicado os operadores do direito como vetores da solução consensual de conflitos, conforme está no art. 3º, §3º, do atual Código de Processo Civil, qualquer profissional, desde que seja capaz e tenha a confiança das partes, pode atuar como mediador extrajudicial, nos termos do art. 9º, da Lei de Mediação. Por outra vertente, para a mediação judicial exige-se a capacidade civil, a colação de grau em curso superior por mais de dois anos e a certificação de curso balizado pelo Conselho Nacional da Justiça.

A esse propósito, à época do presente evento, o Conselho Nacional de Justiça, na gestão do então Presidente, o eminente Ministro Antônio Dias Toffoli, projetava, e efetivamente realizou, cursos de formação de mediadores judiciais, na modalidade virtual, além de firmar parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil, exatamente para estender qualificação uniforme para os operadores do direito que atuam na linha de frente da conflituosidade. Tal parceria se mostra relevante porquês os advogados que atendem, em primeiro contato, a parte que está prestes a aforar a demanda, razão pela qual é esse profissional, pois, o mais indicado para direcionar a resolução de demandas para os métodos não adversariais.

Mas nesse norte de ideias, ainda persistem duas grandes preocupações: a primeira, persuadir ainda mais as pessoas acerca da viabilidade e oportunidade dos métodos alternos e, nisso já se está indo bem, pois diversos segmentos econômicos já passaram a adotar os métodos mais adequados de solução de conflitos conscientes que nem sempre é necessário seguir o caminho tradicional da judicialização para dirimir demandas.

A segunda, diz respeito ao convencimento dos demais operadores do direito, no sentido de que hoje, a Resolução n. 125/2010, com a modificação da Resolução n. 219/2016,





ambas do Conselho Nacional da Justiça, estabelece que ao CEJUSC deve ser dada a mesma estrutura de pessoal e material (aparelhagem, instalações etc.) que é dispensada a uma Vara, ou seja, deve ser ele dotado dos mesmos recursos destinados a qualquer unidade judicial. O CEJUSC deixou de ser mero instrumento de apoio para se converter em ferramenta da atividade fim do Poder Judiciário.

Esses Centros não podem mais ser aquele lugar onde é lotado o funcionário que nenhum cartório desejou. Não pode ser alocado em cômodo que equivalha à despensa judicial. Trata-se, neste caso, de uma grande tarefa que se apresenta para a gestão do Poder Judiciário, daí a necessidade de se convencer magistrados da relevância desses Centros como verdadeira unidade judicial e, bem por isso, devem receber tratamento adequado, contando com funcionários próprios, recursos humanos e materiais, enfim, toda a estrutura necessária para fazer frente a esse grande desafio e estejam sempre em pleno funcionamento.

Então, deve-se, além de trazer as pessoas para os métodos mais adequados de solução de conflitos, convencê-las de que o CEJUSC possui autonomia de unidade judicial, conscientizando-as de que podem obter nesses locais a solução de problemas, estando ou não o conflito judicializado, como se extrai do conteúdo da Resolução nº 125-CNJ/2010 e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), destacadamente nas relações de consumo, de família, de vizinhança etc., buscando-se evitar, quando na forma preventiva, o processo judicial.

E, ainda, mas não menos importante, é preciso conclamar os Tribunais para que deem condições para o estabelecimento da referida autonomia, como verdadeiras unidades judiciais, de sorte a evitar que mais essa conquista do cidadão seja transformada, no curto prazo, em uma vitória pírrica, esvaziada, ante a falta de compromisso e comprometimento com a atual política pública dos métodos de solução de conflitos, já deflagrada nos idos de 2007, pela então Presidente do Conselho Nacional de Justiça, a eminente Ministra Ellen Gracie.

Cite-se, como exemplo desse engajamento, iniciativa do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que já no ano de 2016, firmou Termo de Cooperação Técnica com o Instituto Brasileiro para Estudo e Desenvolvimento do Setor de Saúde (IBEDESS), com o objetivo de favorecer a conciliação pré-processual nas demandas relacionadas à saúde, no Juizado Especial de Belo Horizonte⁴.

⁴ Assessoria de Comunicação Institucional do TJMG. TJMG Firma Convênio para Conciliação na Área da Saúde. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-firma-convenio-para-conciliacao-na-area-da-saude.htm#.YFtvJq9KiM9>. Acesso em 17/02/2021.



De igual modo, conforme notícia veiculada no site do Conselho Nacional de Justiça, merece destaque a iniciativa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que realizou, em Dezembro de 2020, a primeira sessão virtual de mediação, do projeto-piloto do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) Saúde Pública e Suplementar.

E por fim, também merece referência a ação do Tribunal de Justiça de Goiás, que também instalou o CEJUSC da Saúde, com o intuito de realizar a gestão dos conflitos nessa área, com a aplicação dos métodos mais adequados de solução de disputas (mediação e conciliação), tanto pré-processuais como processuais⁵.

Portanto, é necessário trazer, imediatamente, o sistema multiportas para a rotina forense e extrajudicial, em atuação preventiva, e, para tanto, é indispensável que os operadores do direito, e não apenas os juízes de direito, mas, de modo preponderante, os advogados, todos que atuam nas linhas de frente dos conflitos, introduzam nas suas práticas as múltiplas portas que são passíveis de se acessar para solver litígios, ainda quase nos seus nascimentos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu, um dos grandes desafios enfrentados pela sistema de saúde suplementar brasileiro é o elevado número de judicialização relativa à prestação de seus serviços, seja ela do âmbito público (SUS) ou privado.

Em que pese diversas iniciativas já sejam identificadas, tanto por parte do Poder Judiciário, como também pela própria ANS (Agência Nacional de Saúde), ainda assim verifica-se a necessidade do incremento no que pertine ao uso de métodos alternativos de resolução de conflitos, mediante o recrudescimento de companhias atinentes à desjudicialização de contendas.

Vale dizer que, não obstante a formação acadêmica de muitas gerações de profissionais que aí estão militando tenha primado pela judicialização de demandas como forma exclusiva para a busca da composição da lide, quer seja do gosto ou não do operador do direito, a realidade concreta já aí proclamada é de que, atualmente, essa cultura já não é mais cabida. E a prova inequívoca dessa superação evidencia-se na conclusão capitaneada pela saudosa professora Ada Pellegrini Grinover, segundo a qual já se

⁵ TJGO. Tribunal Inaugura Cejusc exclusivo para demandas de saúde. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/tribunal-inaugura-cejusc-exclusivo-para-demandas-de-saude/>. Acessado em 17/02/2021.





reconhece um microssistema normativo que ampara a opção pela efetiva utilização dos métodos alternos de pacificação social, alternativos aos sistema tradicional de jurisdição, como está sedimentado na Resolução 125-CNJ/2010, no atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015).

Não só os tempos mudaram, mas as leis também, e por incrível que se possa parecer, nesse contexto, o que ainda enfrenta resistência de adaptação é a mentalidade de alguns operadores do direito e igualmente do próprio jurisdicionado.

Resta, pois, ampliar essa compreensão, de modo que, igualmente em sede de contendas oriundas da área da saúde privada (complementar), seja dada também, por tais profissionais, o mesmo preliminar andamento já estabelecido em âmbito interno do setor, evitando-se, assim, sejam encaminhados diretamente para a via judicial casos que sequer passaram pela busca da solução consensual.

Conclui-se essa fala citando a eminente Ministra Ellen Gracie, então Presidente do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que por ocasião da abertura da Semana Nacional da Conciliação do ano de 2007, realizada em São Paulo, afirmou que ficaria muito feliz caso algum dia a alertassem de que não mais seria pertinente realizar semanas nacionais ou mutirões de conciliação, isso ante a conclusão de que a mentalidade do sociedade teria se modificado, constatando-se que as práticas consensuais já estariam inseridas no cotidiano das pessoas.





TEMAS CONTROVERTIDOS SOBRE O RESSARCIMENTO AO SUS TERMO PRESCRICIONAL, IVR E COBRANÇA DE ENCARGOS

LUIZ FELIPE CONDE

Luiz Felipe Conde

Mestre em Saúde Pública pela ENSP/FIOCRUZ, Pós-Graduado em Saúde Suplementar pela FGV/RJ e graduado em Direito e Administração de Empresas.

Presidente da Comissão de Saúde Suplementar da OAB Federal e da OAB/RJ, Diretor Financeiro do Instituto dos Advogados do Brasil – IAB.

Ex-Procurador-Geral da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e ex-Procurador da Fazenda Nacional.



Introdução

O art. 32 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, introduziu o Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde em nosso ordenamento jurídico, estabelecendo as hipóteses em que as Operadoras de Planos de Saúde (OPS) deverão repassar verbas ao Fundo Nacional de Saúde (FNS), em virtude de atendimentos prestados aos seus beneficiários em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde.

A finalidade do Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde é evitar o financiamento indireto pelo setor público de atividades lucrativas, o enriquecimento ilícito das Operadoras de Planos de Saúde, bem como fomentar que o setor da saúde suplementar mantenha rede assistencial apta a atender às demandas de seus beneficiários.

Insta consignar que o artigo supracitado menciona que esse ressarcimento não poderá ser inferior ao praticado pelo Sistema Único de Saúde nem superior ao praticado pelas Operadoras e deverá ser realizado nos limites dos contratos celebrados, sendo que o procedimento administrativo de constituição definitiva do débito é atualmente regulamentado pela Resolução Normativa nº 358, de 27 de novembro de 2014.

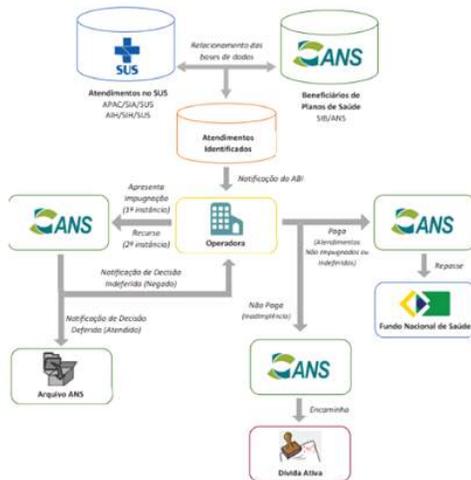
Nesse sentido, o painel abaixo colacionado, extraído do *site* da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)¹, ilustra de forma didática como funciona o referido processo administrativo:

¹ *“A ANS recebe do Departamento de Informática do SUS (DATASUS) a base de dados com informações sobre os atendimentos ocorridos na rede do SUS e faz a conferência dessas informações com o seu banco de dados de beneficiários de planos de saúde.*

Após a checagem, uma vez identificado que beneficiários utilizaram os serviços do SUS, são encaminhadas às operadoras de planos de saúde notificações, denominadas de Aviso de Beneficiário Identificado (ABI), para que efetuem o pagamento dos valores apurados ou apresentem defesa.

A defesa por parte das operadoras é composta por duas instâncias. Inicialmente é protocolada uma impugnação, em que serão alegados os motivos pelos quais o ressarcimento não é devido. Caso haja o indeferimento das alegações, é possível apresentar um recurso contra a decisão anteriormente proferida.

Ao final do processo administrativo, caso seja constatado que os atendimentos identificados de fato se encontravam cobertos pelos contratos, são emitidas Guias de Recolhimento da União (GRU). As operadoras que não pagarem as guias serão inscritas em dívida ativa e no Cadastro Informativo de Créditos não quitados do Setor Público federal (CADIN), bem como ficam sujeitas à cobrança judicial. Por fim, os valores arrecadados pela ANS são encaminhados ao Fundo Nacional de Saúde (FNS) do Ministério da Saúde.”Site: <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-da-operadora/compromissos-e-interacoes-com-ans/ressarcimento-ao-sus>. Acesso em 28.06.2020



Destaque-se que, embora já tenha sido reconhecida a constitucionalidade do artigo supracitado pelo Supremo Tribunal Federal (STF)², ainda existem diversas discussões jurídicas acerca do instituto, dentre as quais o prazo prescricional para a cobrança dos valores a serem ressarcidos pelas Operadoras de Planos de Saúde, a licitude da Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP) e do índice de Valoração do Ressarcimento (IVR), bem como o momento inicial dos encargos moratórios, os quais serão abordados nos tópicos subsequentes.

A prescrição e a natureza indenizatória do Ressarcimento ao SUS

A regra, no ordenamento jurídico brasileiro, é a estabilização das relações sociais por intermédio da prescrição, que nada mais é do que a fluência de um lapso temporal que, superado, impede a persecução de um direito, não havendo afastamento do referido instituto do âmbito do ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, como será demonstrado a seguir.

Nesse contexto, é imperioso destacar que, atualmente, é possível observar três posicionamentos acerca do prazo prescricional para que a Administração Pública realize as cobranças às Operadoras de Planos de Saúde das despesas advindas do atendimento dos seus beneficiários pelo Sistema Único de Saúde: (i) o Tribunal de Contas da União defende a imprescritibilidade; (ii) a Advocacia Geral da União a aplicabilidade do prazo quinquenal; e (iii) parte da doutrina e jurisprudência, o prazo trienal.

² Tema 345: É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4/6/1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos. (Data da Tese: 07/02/2018)

Para se dirimir a questão, é importante esclarecer a natureza jurídica do instituto do Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde.

Conforme anteriormente informado, busca-se com o Ressarcimento evitar o enriquecimento ilícito das Operadoras de Planos de Saúde, uma vez que os seus usuários teriam optado por serem atendidos no sistema público, ao passo que realizaram o pagamento das mensalidades para que houvesse a disponibilização de serviços assistenciais, assim, a cada atendimento realizado pelo Sistema Único de Saúde, as empresas estariam obtendo lucros, pois não teriam de arcar com as despesas daquele beneficiário, embora tenham sido contratadas para tanto.

Nesse prisma, percebe-se que o Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde possui natureza indenizatória, de reparação civil, pois não visa custear a saúde pública, mas tão somente restituir ao erário as despesas oriundas dos atendimentos prestados aos usuários de planos de saúde.

Desse modo, é inconteste que os créditos decorrentes do Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde não possuem como origem um ato ilícito, mas sim o direito que todo o cidadão possui de ser atendido pelo setor público, haja vista a universalidade do sistema, não se justificando a incidência do disposto no § 5º do art. 37 da Constituição Federal, o que, em tese, autorizaria a sua imprescritibilidade.

Ademais, também não é aplicável o prazo quinquenal previsto no Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, pois o referido diploma dispõe sobre o direito ou ação do Administrado contra o Poder Público, não regulamentando as hipóteses em que a Administração Pública fica inerte e deixa de adotar as medidas necessárias para a satisfação do seu crédito em tempo razoável.

Com efeito, percebe-se que, diante da natureza indenizatória e não tributária do Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, haja vista que a sua finalidade é a indenização ao erário pelo fato de o usuário do plano de saúde ter optado por ser atendimento no sistema público, ao invés de utilizar a rede referenciada ou credenciada, impedindo o enriquecimento ilícito das Operadoras, deve-se aplicar o prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, inc. IV, do Código Civil, que disciplina a prescrição para as hipóteses de pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa³.

³ “PROCESSO CIVIL. RESSARCIMENTO AO SUS. RESSARCIMENTO PELO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 206, § 3º, IV, DO CÓDIGO CIVIL. PRAZO PRESCRIÇÃO DE 03 (TRÊS) ANOS. COBRANÇAS PRESCRITAS. APELAÇÃO PROVIDA.

1. O ressarcimento cobrado das operadoras de planos de saúde, em decorrência de atendimentos a seus beneficiários pelo SUS, tem natureza indenizatória e não tributária. Muito embora a relação jurídica de direito material decorra de expressa previsão legal, não assume caráter de arrecadação para custeio das atividades estatais ou pagamento de preço público, daí por que não configura crédito tributário.

2. Inaplicável, portanto, as regras constitucionais e legais pertinentes à prescrição do crédito tributário. Trata-se, como enfatizado pela autora, de ressarcimento de natureza indenizatória,



O enriquecimento sem causa do Poder Público diante da incidência do IVR

O cálculo do montante a ser ressarcido ao Sistema Único de Saúde pelas Operadoras de Planos de Saúde, até a competência de dezembro de 2007, era realizado por intermédio da Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP), elaborada considerando os custos materiais e humanos que envolvem o procedimento médico, tanto aos atendimentos prestados nos grandes centros urbanos, quanto àqueles em centros distantes. Frise-se que esses valores sempre são maiores do que a Tabela do Sistema Único de Saúde e menores do que os valores praticados no mercado; já os atendimentos realizados após janeiro de 2008 são ressarcidos de acordo com os valores praticados pelo Sistema Único de Saúde, multiplicados pelo Índice de Valoração do Ressarcimento (IVR), que, atualmente, corresponde a 1,5.

Frise-se que, conforme demonstrado anteriormente, o Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde não decorre de um ato ilícito praticado pelas Operadoras de Planos de Saúde, mas tão somente do fato de que, por uma imposição legal, o ramo da saúde suplementar é obrigado a restituir os valores que seriam suportados pelo Poder Público, em virtude de os seus usuários optarem por utilizar a saúde pública em detrimento da rede credenciada.

apreciável à luz da norma de regência (Lei 9.656/98) e do Código Civil, notadamente, quanto à prescrição.

3. Não se trata, igualmente, de redução ou repasse do dever estatal de assegurar a todos o direito à saúde, garantido “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, nos dizeres da Constituição Federal (art. 196), porque a relação jurídica criada pela lei em comento opera-se entre o Estado e a pessoa jurídica de direito privado, não alcançando a esfera jurídica do particular beneficiário do plano contratado, que continua exercendo seu direito ao atendimento público no âmbito do SUS.

4. O ressarcimento em questão objetiva apenas indenizar o erário pelos custos desses serviços não prestados pelo ente privado, mas cobertos pelos contratos e pagos pelo consumidor, de modo a impedir o enriquecimento sem causa das operadoras de saúde à custa da rede pública.

(...)

9. Logo, não há como negar que o caso em análise trata do ressarcimento pelo enriquecimento sem causa das operadoras de planos de saúde, o que se subsume perfeitamente à hipótese prevista no art. 206, § 3º, inciso IV, do Código Civil, que estabelece o prazo prescricional de três anos.

10. Com razão a parte autora, ora apelante, no tocante à alegação de impossibilidade de cobrança dos valores nestes autos questionados, constantes das GRUs 45.504.024.546-5 e 45.504.025.098-1, pela ocorrência da prescrição.

11. Uma vez que o prazo inicial é a data do atendimento prestado pelo SUS (agosto de 2006 e setembro e novembro de 2005), forçoso o reconhecimento da prescrição da pretensão estatal no caso concreto, conforme se verifica pelo documento encartado aos autos às fls. 58 e 61 (cobrança em 2011).

12. Recurso provido. Prescrição reconhecida. Invertidos os ônus da sucumbência. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007935-22.2011.4.03.6100/SP, Rel.: Desembargador Federal MAURICIO KATO, Data da Publicação: 23.11.2017)



Diante desse contexto, percebe-se um injustificável enriquecimento sem causa do Estado, que, segundo *Celso Antonio Bandeira de Mello*⁴, nada mais é que “o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem, sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea. É perfeitamente assente que sua proscrição constitui-se em um princípio geral do direito”.

Isso porque o valor a ser auferido pelos procedimentos realizados pelos beneficiários de Planos de Saúde no Sistema Único de Saúde será sempre superior àquele efetivamente suportado pela Administração Pública, sem que haja justificativa para tanto, uma vez que estes beneficiários também possuem o direito constitucional de serem atendidos na rede pública, além de não haver previsão de financiamento do setor público pelo setor privado.

Deve-se Ademais, é importante consignar que a Lei nº 9.656, de 1998, estabeleceu que os valores a serem ressarcidos pelas Operadoras não podem importar em montante superior àquele que é destinado ao custeio da sua rede referenciada⁵. Desse modo, ao estabelecer valores fixos por intermédio da Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos ou da incidência do Índice de Valoração do Ressarcimento (multiplicador no patamar de 1,5), não há a observância desse limitador, porquanto os valores já são preestabelecidos sem que haja a verificação de qual seria o custo do procedimento se o beneficiário tivesse sido atendido na rede referenciada, restando cristalino que a Agência Reguladora extrapolou o seu Poder Normativo, pois em sua resolução permitiu a cobrança em valor superior ao autorizado em lei⁶.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O princípio do Enriquecimento sem causa em Direito Administrativo. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47085/45796>. Acesso em: 9 de julho de 2020.

⁵ “Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS. (...)”

§ 8º Os valores a serem ressarcidos não serão inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei.”

⁶ “ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS. RESSARCIMENTO AO SUS. ARTIGO 32 DA LEI 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA NORMATIVA DA ANS. RESOLUÇÃO Nº 251/2011. ÍNDICE DEVALORAÇÃO DO RESSARCIMENTO – IVR. LIMITES LEGAIS. ABRANGÊNCIA DO RESSARCIMENTO. CARTÕES DE DESCONTO. (...)”

- Os parâmetros estabelecidos pela Lei nº 9.656/98, nos termos do § 8º do art. 32, parafixação da cobrança do ressarcimento ao SUS, consistem em valores não inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de planos de saúde.



Inconstitucionalidade da cobrança de encargos moratórios antes da constituição definitiva do débito

É importante destacar que a Constituição Federal, no art. 5º, LV, estabelece serem assegurados aos litigantes, em processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

No entanto, em que pese a garantia constitucional supracitada, que está intrinsecamente relacionada com o devido processo legal, constata-se que, no processo administrativo de Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, as Operadoras de Planos são injustamente penalizadas por exercerem o seu direito de defesa.

Isso porque, como regra geral, os encargos moratórios possuem aplicação imediata, após o interregno do prazo de quinze dias contados do recebimento da notificação do Aviso de Beneficiário Identificado (ABI), independentemente da apresentação de defesa administrativa.

Impende salientar que a norma exarada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, com a finalidade de regulamentar a incidência dos encargos moratórios, é contraditória, pois, ao mesmo tempo que confere efeito suspensivo às impugnações apresentadas pelas Operadoras no curso do processo administrativo, estabelece a fluência de juros e de multa moratórios⁷.

– A Resolução Normativa ANS nº 251, ao prever em seu art. 4º, que o valor de ressarcimento ao SUS resulta da multiplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento – IVR, estipulado em 1,5 (um vírgula cinco), pelo valor lançado no documento do SUS de autorização ou de registro do atendimento, sem observar o limite previsto no § 8º do artigo 32 da Lei 9.656/98 (valores praticados pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º do citado Diploma), viola a matriz legal, criando indevidamente fonte de custeio e avançando contra o patrimônio das operadoras. (...)"

⁷ Resolução Normativa nº 358, de 27 de novembro de 2014 –

Art. 33. A notificação da OPS, na forma do art. 20 desta Resolução, fixa a data de vencimento do prazo para pagamento do valor devido para ressarcimento ao SUS, que ocorre pelo decurso de 15 (quinze) dias, após o fim do prazo de impugnação, previsto no art. 21 desta Resolução. (Redação dada pela RN nº 377, de 08/05/2015)

§ 1º A apresentação de impugnação ou de recursos tempestivos no curso do processo suspende a exigibilidade do crédito de ressarcimento ao SUS, mantendo-se inalterada: (Incluído pela RN nº 377, de 08/05/2015)

a) a sua data de vencimento descrita no caput; e (Incluído pela RN nº 377, de 08/05/2015)

b) a fluência dos juros de mora. (Incluído pela RN nº 377, de 08/05/2015)

§ 2º Para fins de incidência de juros e multa de mora considera-se a data do vencimento descrito no caput, na forma da legislação em vigor. (Incluído pela RN nº 377, de 08/05/2015)

§ 3º O não pagamento no prazo possibilitará a inscrição dos valores devidos na Dívida Ativa da ANS, e, após setenta e cinco dias do vencimento da obrigação, de inscrição da OPS no Cadastro Informativo de Créditos não quitados do setor público federal - CADIN. (Incluído pela RN nº 377, de 08/05/2015)



Verifica-se que a regulamentação desconsidera a natureza punitiva dos encargos moratórios (juros de mora e multa de mora), caracterizando-se como uma sanção pecuniária aplicada ao devedor inadimplente de uma obrigação perante o credor, ocasionada, comumente, pelo atraso na sua satisfação. Nesse prisma, para que haja a aplicação desse encargo, faz-se que o débito seja exigível, ou seja, já vencido, o que ocorre apenas quando o devedor não apresenta impugnação ou após o trânsito em julgado da decisão proferida no processo administrativo⁸.

Pensar o contrário significa coibir o exercício do contraditório e da ampla defesa pelas Operadoras de Planos de Saúde, haja vista que sempre haverá o risco de a tese defensiva não ser acolhida e elas serem compelidas a arcar com valor superior ao da multa corrigida.

Conclusão

Desse modo, constata-se que ainda há muitas discussões infralégais acerca do Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde e distorções na aplicação do instituto pela Administração Pública em detrimento das Operadoras de Planos de Saúde.

§ 4º No caso dos artigos 27, 30, parágrafo único e 31, a inscrição no CADIN ocorrerá setenta e cinco dias após a realização das respectivas notificações. (Incluído pela RN nº 377, de 08/05/2015)

§ 5º As notificações deverão informar o disposto nos §§ 3º e 4º. (Incluído pela RN nº 377, de 08/05/2015)

⁸ “ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS. RESSARCIMENTO AO SUS. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 32 DA LEI Nº 9.656/98. TABELA TUNEP. IVR. MORA. TERMO INICIAL. SENTENÇA MANTIDA. (...)”

3. Incabível a incidência de juros de mora antes da decisão final administrativa, já que não há qualquer mora a ser imputada à parte que está exercendo o direito legítimo de discutir a penalidade aplicada. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5021705-39.2018.4.04.7000/PR, Rel.: DESEMBARGADORA FEDERAL VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data da Decisão: 05/06/2019)”.
 “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MULTA ADMINISTRATIVA. ANS. REDUÇÃO DE REDE HOSPITALAR NÃO AUTORIZADA. ENCARGOS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. TERMO INICIAL. APELAÇÃO DESPROVIDA. (...)”

4. É devida a atualização monetária com observância da Taxa Selic que, como sabido, engloba juros de mora e correção monetária, e, portanto, não pode ser cumulada com qualquer outro índice. **Contudo, na linha do que já foi decidido por esta E. Turma, não é razoável o cômputo da atualização monetária enquanto a pertinência da autuação permanece em discussão na seara administrativa, pois até então não há que se falar em certeza da cobrança.**

5. Precedente: TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL – 5014123-96.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 21/12/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/01/2019.

6. Apelação desprovida. (Autos do processo 0007653-08.2016.4.03.6100, TRF 3ª Região, 3ª Turma, Rel Desembargador Federal Antônio Cedenho, Data da Decisão: 19/06/2020)”



Não há justificativa legal para que os créditos sejam considerados como imprescritíveis, tampouco para que haja a aplicação da prescrição quinquenal, sendo inconteste que há sim previsão específica acerca da incidência do prazo trienal para a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa.

Ademais, os valores a serem ressarcidos deveriam ser equivalentes as despesas com o atendimento dos usuários de plano de saúde, que também possuem direito de usar a rede pública, não podendo as Operadoras serem penalizadas pelo fato de seus Beneficiários exercerem essa opção, ao passo que o Estado seja remunerado por valor superior ao serviço prestado, pois isso importaria no financiamento indireto da saúde pública pela iniciativa privada, sem previsão constitucional para tanto, caracterizando evidente enriquecimento sem causa do Poder Público.

Diante de todo o exposto, é fácil ver-se a necessidade de pacificação desses entendimentos, para que haja mais previsibilidade ao ramo da saúde suplementar, sendo assegurado o equilíbrio econômico-financeiro do setor.





A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

NATÁLIA PIRES DE VASCONCELOS / PAULO FURQUIM DE AZEVEDO

Natália Pires de Vasconcelos

Professora de Direito do Insper. Doutora e Mestre em Direito Constitucional e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, onde também realizou curso de graduação em Ciências Sociais. LLM junto a Yale Law School. Senior Research Fellow no Solomon Center of Health Law and Policy na Yale Law School. Foi Fox International Fellow junto ao MacMillan Center for International and Area Studies e Student Fellow junto ao Global Health Justice Partnership, ambos na Universidade de Yale. Tem se dedicado ao estudo da judicialização da política, mais especificamente aos temas judiciário e políticas públicas, judicialização da saúde e direitos sociais.

Paulo Furquim de Azevedo

É Professor Titular e coordenador do Centro de Regulação e Democracia do Insper. Doutor em Economia pela USP; foi Visiting Professor no MIT e Visiting Scholar na University of California at Berkeley. Foi também Conselheiro do CADE, tendo atuado em inúmeros casos relacionados ao setor de saúde. No Insper, coordena pesquisa nas áreas de concorrência, regulação, com diversas aplicações à cadeia de saúde suplementar, e na judicialização de políticas públicas de saúde e de benefícios previdenciários.





A saúde ocupa posição central no debate público brasileiro, seja por sua relevância direta na vida das pessoas, seja pela sua importância econômica e material, representando aproximadamente 10% da renda nacional. Sua relevância para o direito é ainda mais pronunciada. A Constituição, de 1988, considerada pródiga na previsão de direitos e políticas, dedica quatro longos artigos constitucionais ao sistema de saúde, além de citar o direito social à saúde outras sessenta e duas vezes no documento. Além da Constituição, um conjunto amplo de normas federais, estaduais e municipais regula essa política complexa, descentralizada entre os três entes da federação e que ocupa tanto atores públicos quanto privados. Não é surpresa, portanto, que muitos conflitos relacionados ao tema da saúde ocupem o judiciário, no que se convencionou chamar de “judicialização da saúde”.

Esse tema foi objeto de pesquisa recente, da qual participaram os dois autores deste capítulo, realizada pelo Centro de Regulação e Democracia do Insper, em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e publicada em 2019 (Insper-CNJ 2019a e 2019b). Este capítulo apresenta uma síntese dessa pesquisa, doravante denominada pesquisa Insper-CNJ, com o intuito de destacar seus principais resultados e conclusões em uma leitura sumária¹. Aos leitores interessados no aprofundamento do tema, recomenda-se a leitura integral do relatório de pesquisa e das demais referências aqui citadas.

A disputa pelo que deve, ou não, compor a cesta básica de serviços e medicamentos do sistema de saúde, entregue por prestadores públicos ou privados, envolve uma disputa estrutural por recursos escassos que, levada ao Judiciário, envolve atores do sistema de justiça – juízes, promotores, advogados privados e públicos – na definição do conteúdo e das prioridades da política. Como fenômeno global de expansão da presença e interferência dos sistemas de justiça sobre temas relacionados a políticas públicas, a judicialização da saúde é um fenômeno também bastante latino-americano com números expressivos e padrões similares de litigância em países como Argentina (Gottlieb et al., 2016), Colômbia (Lamprea, 2013) e Costa Rica (Frithjof et al., 2014).

No Brasil, o número anual de ações judiciais distribuídas sobre o tema da saúde cresceu 130% entre 2008 e 2017, número quase três vezes maior que o crescimento médio do número de processos judiciais no mesmo período. Esse crescimento do número de demandas tanto para os serviços de saúde pública quanto privada, foi também

¹ Este capítulo foi adaptado pelos autores a partir do Sumário Executivo publicado pelo Conselho Nacional de Justiça como parte da Série Justiça Pesquisa Processo SEI nº 17.932, de 2017 – Contrato nº 05, de 2018, elaborado pela equipe de pesquisa do Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper): Paulo Furquim de Azevedo (coord.), Fernando Mussa Abujamra Aith (coord.), Fabio Ayres, Hedibert Lopes, Luciana Yeung, Vanessa Elias de Oliveira, Natalia Pires de Vasconcelos e 2 Danilo Carlotti, Maria Clara Morgulis, Vanessa Boarati e Matheus Falcão.



acompanhado por um crescimento do total de gastos com o cumprimento de decisões pelo setor público, atingindo cerca de R\$ 1,6 bilhão, em 2016.

Estudar a judicialização não é uma atividade simples. Por ser um fenômeno que acompanha a complexidade e fragmentação do sistema de justiça e da política de saúde pública, seu estudo envolve tanto dificuldades descritivas, como determinar quem litiga (Da Silva e Terrazas, 2011), o perfil da litigância e como decidem os milhares de juízes e juízas que compõem os quadros dos judiciários estaduais e municipais (Ferraz, 2011). A dificuldade se agrava quando a discussão envolve também as repostas dadas pelos atores que devem cumprir as decisões, secretarias de saúde, prestadores públicos e privados, e os efeitos das decisões sobre as políticas (Vasconcelos, 2018; Wang, 2015).

A pesquisa Inspere-CNJ procurou contribuir na direção de alguns desses desafios, sendo uma das primeiras pesquisas empíricas de abrangência nacional e baseada em extensa base de dados sobre o tema da judicialização da saúde. A principal conclusão desse esforço empírico está diretamente conectada a essa abrangência nacional. A judicialização da saúde não é um fenômeno uniforme no País, mas marcado por considerável variação regional sobre os tipos de pedido levados aos tribunais. Serviços, medicamentos e insumos dentro e fora da política de saúde são judicializados de forma distinta, dependendo da região ou estado em que se litiga, fato também associado aos padrões de organização da política de saúde pelo País, sua capilarização e capacidade administrativa. Outro ponto relevante da pesquisa é o olhar sobre a judicialização da saúde que atinge o setor privado, tema pouco explorado pela literatura deste. Nas próximas seções, apresentamos a metodologia da pesquisa Inspere-CNJ, alguns de seus achados e como ela auxilia na compreensão e no reposicionamento de problemas tratados pela literatura.

2. Dados e Metodologia

A pesquisa se organizou em três frentes. A primeira tratou da coleta e análise de dados de gestão processual sobre os processos relacionados ao tema da saúde, obtidos por meio da Lei de Acesso à Informação, tendo resultado na “identificação de 498.715 processos de primeira instância, distribuídos entre 17 justiças estaduais²; e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais estaduais³, no período

² Os tribunais para os quais foram obtidos dados de primeira instância em formato passível de análise foram: TJRJ, TJMG, TJPI, TJAL, TJPE, TJSP, TJMA, TJMS, TJES, TJAC, TJCE, TJRO, TJRN, TJDF, TJMT, TJSC, TJTO.

³ Em segunda instância, os tribunais para os quais foram obtidos dados em formato passível de





entre 2008 e 2017. A segunda foi a análise do texto das decisões judiciais, obtidas por meio de mineração de dados nos repositórios de jurisprudência nos *sites* dos tribunais e diários oficiais da justiça. No total foram analisados 164.587 acórdãos de 21 tribunais estaduais e três federais; 107.497 sentenças de primeira instância (apenas do Tribunal de Justiça de São Paulo); e 188.146 ações de tutela antecipada.

Esse tipo de coleta de informações de múltiplas fontes se justifica não só pela complexidade do fenômeno, mas também pelos problemas de padronização, acesso e disponibilização de informações nos tribunais. Por exemplo, a pesquisa encontrou que, para a investigação nos repositórios de jurisprudência, além de não haver “padronização entre tribunais sobre a forma de disponibilização da jurisprudência” também há “impedimentos diversos para a coleta em massa dessa espécie de informação, por meio de limites quantitativos à consulta”. Além disso, “não há, tampouco, regra explícita sobre o conteúdo que é disponibilizado nos repositórios, estando sob a discricionariedade de cada tribunal a decisão sobre o que disponibilizar ao público, podendo ser o universo das decisões digitalizadas ou apenas parte delas” (Insper-CNJ2019b, p. 11). Outro ponto relevante é que “quase a totalidade dos sites dos tribunais não disponibilizam sentenças, apenas acórdãos, e há evidências de que os repositórios não contêm a totalidade das decisões judiciais”. Essa limitação é “particularmente relevante em uma investigação sobre a judicialização da saúde, visto que o caráter de urgência dos pedidos faz com que muitos casos sejam concluídos ainda em primeira instância, seja por perda de objeto (cumprimento da obrigação), seja por desistência da ação ou falta de interesse em recurso à segunda instância. Por esse motivo, torna-se especialmente importante a pesquisa nos Diários Oficiais da Justiça, conforme detalhado na próxima subseção, que contém todas as sentenças e liminares” (Insper-CNJ2019b, p. 11). Essa limitação foi contornada pela pesquisa via diários oficiais, nos quais sentenças e decisões interlocutórias de primeira instância costumam ser publicadas. Além de *crawlers* para extrair essas informações das páginas eletrônicas dos tribunais e de seus diários eletrônicos, a pesquisa ainda fez uso de técnicas computacionais de classificação de texto e a extração de informações por expressões regulares e pesquisa booleana.

Por fim, a pesquisa ainda contou com intenso trabalho qualitativo de entrevistas e análise de documentos oficiais para “avaliação mais detalhada das estratégias de atuação de gestores e atores do sistema de justiça diante da judicialização da saúde”. Foram realizados cinco estudos de caso em um Estado de cada uma das cinco regiões do País

análise foram: TJCE, TJMA, TJRJ, TJPE, TJES, TJSC, TJAL, TJPI, TJMT, TJMS, TJMG, TJAC, TJRO, TJRN, TJTO.



(Pará, Bahia, Distrito Federal, São Paulo e Rio Grande do Sul), “selecionados a partir do porte de seus tribunais estaduais, de acordo com classificação desenvolvida pelo próprio CNJ no Relatório Justiça em Números (2016), e por região geográfica, de modo a incluir as cinco regiões do país” (Insper-CNJ 2019b, p. 14). As entrevistas com atores-chave do sistema de justiça e da administração pública da saúde em cada Estado foram organizadas de modo a obter informações não apreensíveis diretamente pela pesquisa sobre decisões judiciais, como a dinâmica de cumprimento de decisões judiciais, seus impactos sobre as políticas e formas de interação interinstitucional e atuação dos Comitês Estaduais de Saúde e dos Núcleos de Apoio Técnico.

3. Características gerais da judicialização da saúde no Brasil

Segundo a pesquisa Insper-CNJ, “os principais assuntos discutidos nos processos em primeira instância são: “Plano de Saúde”, “Seguro” e “Saúde”, seguidos de “Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos””, com uma “participação muito elevada dos assuntos “Plano de Saúde” e “Seguro””, o que revela a importância da judicialização de temas relacionados à saúde suplementar (Insper-CNJ, 2019b, p. 15). Outro resultado importante é a prevalência numérica da justiça estadual de São Paulo sobre as demais, especialmente em temas de judicialização de saúde suplementar. Ao menos 116.518 casos do período foram distribuídos na justiça paulista, indexados como “planos de saúde”. Não somente, nos “seis tribunais com mais casos, dentre aqueles que informaram os dados de gestão processual, os assuntos “planos de saúde” e “seguro” aparecem entre os cinco assuntos mais importantes” (Insper-CNJ, 2019b, p. 15). Em Minas Gerais ou em Santa Catarina, doutro modo, os temas “tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos” são predominantes, enquanto que, no Ceará e em Pernambuco, a tendência de predominância de casos sobre saúde suplementar segue a tendência paulista. Esses dados indicam que há variação entre os temas e problemas judiciais de relevância numérica em diferentes Estados.





Figura 1
Principais Assuntos em Seis Tribunais (TJCE, TJMG, TJPE, TJRJ, TJSC, TJSP)

Principais Assuntos	TJCE	Principais Assuntos	TJRJ
Seguro	67%	Saúde	35%
Planos de Saúde	11%	Planos de Saúde	33%
Saúde	10%	Outros	20%
Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos	4%	Seguro	10%
Fornecimento de Medicamentos	3%	Serviços Hospitalares	2%

Principais Assuntos	TJMG	Principais Assuntos	TJSC
Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos	21%	Fornecimento de Medicamentos	28%
Planos de Saúde	16%	Não Informado	28%
Fornecimento de Medicamentos	15%	Seguro	26%
Seguro	14%	Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos	8%
Saúde	8%	Planos de Saúde	5%
		Tratamento Médico-Hospitalar	3%

Principais Assuntos	TJPE	Principais Assuntos	TJSP
Planos de Saúde	45%	Planos de Saúde	82%
Seguro	35%	Serviços Hospitalares	7%
Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos	14%	Saúde	7%
Saúde	3%	Seguro	4%
Serviços Hospitalares	1%		

Fonte: PesquisaInspere-CNJ

A técnica de expressões regulares revelou “uma alta demanda por órteses, próteses, medicamentos, seguidos de exames, leitos e internações” (Inspere-CNJ, 2019b, p.16), sendo mais frequente para demandas que envolvem o sistema público casos de fornecimento de medicamentos, enquanto que para a saúde suplementar dietas, insumos, materiais, leitos e procedimentos. De uma maneira geral, órteses e próteses “estão citados em mais de 108 mil decisões de tutela antecipadae muma amostra de 188mil”. Não somente, é um tema “mais freqüente do que em decisões finais, como se nota na comparação desses dados com as análises precedentes” (Inspere-CNJ, 2019b, p. 16). Além disso, também foram testadas expressões regulares que se referem a



respostas à judicialização, tanto dadas pelo próprio Sistema de Justiça, como os Núcleos de Apoio Técnico (NATs), como criadas pela própria política de saúde – Conitec. De um modo geral, estas são políticas pouco mencionadas em decisões judiciais. Quando mencionadas, contudo, elas estão correlacionadas com um maior número de pedidos negados.

Tabela 1
Menções à Conitec e aos Nats em acórdãos

	<u>Conitec</u>	<u>Nat</u>
Norte	0,549%	0,17%
Nordeste	0,068%	0,01%
Sudeste	0,102%	0,20%
Sul	1,49%	0,07%
Centro Oeste	0,04%	2,71%
Total	0,68%	0,31%

Fonte: Pesquisa Insuper-CNJ (2019a)

Nos cinco estudos de caso que compõem a análise qualitativa, a característica mais marcante é a variação regional tanto no perfil da judicialização como nas respostas institucionais dadas ao fenômeno em cada contexto. O quadro abaixo resume essa variação.

Quadro 1: Estruturas institucionais para a gestão da judicialização

	BA	PA	DF	SP	RS
Tem setor específico de <u>judicialização</u> na SES?	1	1	1	1	1
Tem sistema informatizado de acompanhamento das decisões na SES (<u>S-Codes</u> ou similar)?	1	0	0	1	1
Tem atendimento administrativo na SES?	0	1	0	1	1
Tem vara especial de saúde no TJ?	-	1	0	0	1
Tem núcleo especializado em saúde no MP?	1	1	1	1	1
Tem núcleo especializado em saúde na DP?	1	1	1	0	1
Tem Câmara de Conciliação em Saúde instituída e atuante?	1	0	0	1	0
Tem <u>NatJus</u> instituído e em operação?	1	1	1	1	1
Tem Comitê Estadual de Saúde instituído e atuante?	1	1	1	1	1
Total (Grau de institucionalização da gestão da <u>judicialização</u> ?)	7/9	7/9	5/9	5/9	8/9

Fonte: Pesquisa Insuper-CNJ (2019(b)), atualizada com dados para o TJS/SP.



Organizar respostas institucionais claras e permanentes à judicialização tem se tornado um dos pontos mais importantes do fenômeno. A tabela acima mostra como em todos os cinco Estados tanto a administração pública como a justiça estruturam respostas que vão desde setores específicos para o recebimento de demandas, como a organização de espaços de debate e diálogo interinstitucional, como o Comitê Estadual de Saúde.

Os Comitês, “criados como parte de uma iniciativa maior do CNJ após a primeira audiência pública sobre judicialização da saúde organizada pelo STF em 2009”, se tornaram “um espaço relevante para a gestão da judicialização, especialmente por unirem diferentes atores envolvidos em um fórum de discussões” (Insper-CNJ, 2019b, p. 18), que frequentemente se traduzem em respostas políticas e de intervenção até antecipando temas que seriam judicializados (Vasconcelos, 2020).

Até a conclusão da pesquisa qualitativa Insper-CNJ, São Paulo não contava com um Comitê estruturado, e seu Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NatJus) concentrava-se apenas em demandas da saúde suplementar. Com a expansão de ambas as estruturas, em 2018, também neste Estado⁴, já é possível dizer que nos cinco Estados estudados esta foi uma medida adotada por todos. Os NatJus são considerados uma das principais estratégias de enfrentamento da judicialização pelo Conselho Nacional de Justiça que, desde o primeiro Fórum da Saúde, em 2010, até a Resolução nº 238, de 2016, demandam dos tribunais a criação de estruturas de apoio técnico e medicina baseada em evidências que possam auxiliar magistrados na tomada de decisões em saúde. A percepção dos atores entrevistados sobre os NatJus, contudo, não parece acompanhar a aposta do Conselho Nacional de Justiça. Como destaca o Sumário Executivo da pesquisa, os “magistrados ainda usam pouco os pareceres do NatJus em suas decisões, o que pode significar que a institucionalização dos núcleos não é necessariamente um aspecto que leva à racionalização das demandas” (Insper-CNJ, 2019b, p. 17-18).

Outra resposta institucional à judicialização, mapeada pela pesquisa qualitativa, foi a das parcerias das Secretarias de Saúde com as Defensorias Públicas, especialmente em Estados em que essa organização concentra o maior volume de demandas judiciais em saúde. No caso da Bahia e do Distrito Federal, as Defensorias Públicas do Estado e da União têm trabalhado até mesmo dividindo competências sobre o que cabe a cada ente federativo em termos de financiamento e provimento em saúde. Isso permitiu, por exemplo, uma maior participação da União nesse processo, acionada pela Defensoria Pública da União (DPU). Outra resposta importante é a criação de câmaras de resolução

⁴ Confira: <https://www.tjsp.jus.br/NatJus> (último acesso 23 de julho de 2020).



de litígios e conciliação. Na Bahia, a Câmara de Conciliação da Saúde “aparece como um instrumento importante de diminuição da “judicialização desnecessária”, levando ao Judiciário apenas casos que os órgãos envolvidos não conseguem resolver extrajudicialmente” (Insper-CNJ, 2019b, p. 18).

Além de procurar reduzir o número de demandas judiciais, melhorar a capacidade técnica do judiciário para lidar com essas demandas e aproximar gestores e juízes em fóruns interinstitucionais, como os Comitês, a pesquisa qualitativa também encontrou estratégias de cumprimento e execução de sentenças específicas à judicialização da saúde. Dentre elas “está a especialização de setores específicos das secretarias de estado de saúde para dar resposta e cumprimento ágil às decisões judiciais, os novos procedimentos de compra e a tentativa de negociar com juízes e tribunais prazos mais largos para o cumprimento de sentenças” (Insper-CNJ, 2019b, p. 19). A pesquisa qualitativa mostrou que este parece ser um movimento de “todas as instituições que estão diretamente envolvidas com a judicialização da saúde, do Judiciário às Defensorias e Ministérios Públicos”. No caso da secretarias, estas “criam setores para (i) tratar diretamente de sua defesa com as procuradorias, em busca de melhores argumentos e auxílio técnico mais preciso às suas contestações e agravos; e (ii) setores específicos dentro dos seus departamentos de compra para organizar a aquisição de medicamentos, inaugurando sistemas próprios de gestão de almoxarifado e distribuição de medicamentos judiciais em farmácias judiciais pelo estado.” Esses setores estabelecem relações de diálogo, especialmente com procuradores do Estado, que defendem as secretarias nos processos (Insper-CNJ, 2019b, p. 19).

4. Questões centrais da judicialização da saúde

A pesquisa Insper-CNJ elegeu, a partir dos debates mapeados na literatura sobre o tema, algumas questões centrais para aprofundamento, as quais são a seguir apresentadas..

(i.) Heterogeneidade regional

A literatura sobre judicialização da saúde em geral se organiza a partir de estudos de caso em que a jurisprudência e o comportamento de alguns atores estaduais servem para ilustrar de forma genérica tendências gerais do fenômeno. A falta de estudos mais amplos ou comparados leva a diagnósticos divergentes sobre a judicialização (Bihel, et al. 2016; Ferraz, 2009; Diniz, et al., 2014), ora apontada como marcada por pedidos de medicamentos de alto (ALTO O QUÊ) que não são parte da política de saúde, ora apontada como uma forma de corrigir gargalos da política na entrega de serviços, leitos e medicamentos que fazem parte das listas do Sistema Único de Saúde e obrigações contratuais das seguradoras. Uma das hipóteses que a pesquisa Insper-CNJ testou, portanto, é a existência, ou não, de variação regional para a judicialização da saúde. Já



no resultado das variáveis descritivas, tanto qualitativas quanto quantitativas, é possível confirmar essa variação.

Observa-se “grande variabilidade entre tribunais ao longo do tempo. É digno de nota que o Estado de São Paulo, muitas vezes referenciado como um espaço de elevada litigiosidade, tem um indicador médio próximo à média dos estados brasileiros que compõem a base de dados de saúde em 1ª instância: enquanto São Paulo apresenta cerca de 35 casos para cada 100 mil habitantes, a média é 36 casos a cada 100 mil habitantes. Estados como Mato Grosso do Sul, Ceará e Rio Grande do Norte apresentam indicadores consideravelmente mais altos” (Insper-CNJ, 2019b, p. 19). Não somente, existem “diferenças relevantes na evolução da intensidade de judicialização da saúde ao longo do tempo. Embora em valores totais tenha havido um crescimento das ações judiciais nesse tema para o Brasil como um todo, em determinados estados houve queda acentuada, como é o caso, por exemplo, do Rio de Janeiro” (Insper-CNJ, 2019b, p. 19).

Tabela 2
Número de Processos Judiciais Relativos à Saúde a cada 100 mil Habitantes

TJ	Região	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Média
TJMS	Centro-Oeste	2,16	28,62	47,95	79,28	112,40	154,45	148,61	211,90	214,70	111,12
TJCE	Nordeste	11,29	10,72	15,86	28,00	46,55	52,63	165,75	65,19	310,68	78,52
TJRN	Nordeste	44,38	66,47	78,75	76,95	74,51	82,47	72,13	77,64	116,68	76,67
TJPE	Nordeste	25,48	28,13	36,61	92,13	132,55	59,62	53,94	63,88	66,09	62,05
TJMT	Centro-Oeste	66,12	77,85	64,86	72,61	67,60	83,02	46,18	45,23	33,58	61,89
TJSC	Sul	3,76	6,21	7,68	14,08	29,69	67,80	102,80	121,37	175,73	58,79
TJAL	Nordeste	14,13	38,35	35,09	60,94	35,41	19,27	48,58	87,38	85,05	47,13
TJMA	Nordeste	34,16	62,50	62,51	51,20	34,66	37,79	31,66	32,18	34,44	42,34
TJSP	Sudeste	9,08	18,74	22,55	33,46	37,86	44,57	48,47	47,72	52,03	34,94
TJRO	Norte	0,00	11,53	14,34	36,41	71,23	17,61	25,73	0,17	0,00	19,67
TJTO	Norte	0,07	0,29	3,00	7,27	12,18	16,97	31,09	38,10	38,70	16,41
TJRJ	Sudeste	114,98	24,72	0,14	0,09	0,25	0,70	1,10	0,73	1,03	15,97
TJAC	Norte	0,00	0,41	1,21	5,80	14,94	27,46	21,78	31,47	32,06	15,01
TJDF	Centro-Oeste	0,00	0,04	0,11	0,38	0,93	1,54	4,67	19,65	87,61	12,77
TJMG	Sudeste	1,92	3,20	3,86	5,84	8,92	9,64	10,87	17,26	26,26	9,75
TJPI	Nordeste	0,22	0,22	0,22	0,38	0,72	1,25	2,09	1,28	1,89	0,92
TJES	Sudeste	0,09	0,23	0,25	0,28	0,81	0,62	0,79	1,16	1,67	0,65
Total		24,40	20,34	19,97	29,59	35,71	35,95	45,41	43,68	67,04	35,79

Fonte: Pesquisa Insper-CNJ (2019a)

Além do volume da judicialização, a “heterogeneidade regional manifesta-se também em variáveis específicas, revelando padrões complexos da distribuição regional dos



processos judiciais na área da saúde”. A pesquisa se valeu de técnicas de pesquisa booleana sobre a base de acórdãos dos repositórios de jurisprudência e identificou “a proporção de ações coletivas e daquelas ações que, por seu conteúdo, seriam passíveis de classificação como coletivas”. Foram encontradas apenas 2,3% de ações coletivas e “grande variação entre regiões, com maior predomínio de ações coletivas na região Norte, sobretudo pela participação do Estado do Pará, e menor no Sul e no Sudeste. Essa desigualdade pode refletir diferenças de capacidade de representação privada ou via Defensoria pública” (Insper-CNJ, 2019b, p. 20)

Os pedidos também diferem regionalmente, como indicado pela pesquisa qualitativa, “a maior parte da judicialização de medicamentos no Pará correspondia a medicamentos incluídos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). Trata-se, portanto, de um recurso ao Judiciário para fazer cumprir a política pública já estabelecida, levando-se em consideração o uso de recursos escassos por parte da administração pública. Essa judicialização difere da observada com maior frequência em São Paulo, em que o pleito muitas vezes solicita procedimentos ou medicamentos não previstos no SUS ou no rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)” (Insper-CNJ, 2019b, p. 20).

(ii.) A judicialização regressiva

Uma hipótese também muito comum na literatura é a de que a judicialização tem como efeito final realocar recursos escassos dos mais pobres aos mais ricos (Ferraz, 2009; Medeiros, et al., 2013; Wang e Ferraz, 2013). A pesquisa analisou este tema a partir de duas estratégias complementares. Na primeira, investigou “a judicialização referente à saúde suplementar, que cobre apenas 25% da população, notadamente os mais ricos, em comparação com a judicialização da saúde pública” (Insper-CNJ, 2019b, p. 20). Na segunda, analisou a representação processual dos demandantes. Como achado geral dessa hipótese, pode-se dizer que “há sinais de regressividade na judicialização da saúde, o que se depreende pela proporção crescente de casos relacionados à saúde suplementar e, sobretudo, pela participação relativamente pequena, ainda que relevante, de defensores públicos e referências à justiça gratuita e insuficiência de renda” (Insper-CNJ, 2019b, p. 20). Esse achado, contudo, deve ser visto dentro das possibilidades de variação regional discutidas acima.

(iii.) Diferenças entre ações coletivas e individuais

Uma hipótese também presente na literatura é aquela que atribui uma diferença de tratamento e sucesso de ações individuais em relação a ações coletivas (Ferraz, 2017; Asensi, 2010). Ou seja, “[t]ribunais e juizes estariam mais dispostos a decidir casos individuais de forma favorável que a realizar reformas estruturais sobre a política pública



de saúde via ações coletivas” (Insper-CNJ, 2019b, p. 20). Testamos essa hipótese com dados de primeira instância, e os resultados “desafiam essa visão predominante na literatura”: “o fato de uma ação ser coletiva está associado a uma maior probabilidade de decisão favorável ao demandante (um acréscimo de aproximadamente 7% de probabilidade de sucesso)” (Insper-CNJ, 2019b, p. 20). Esse achado provavelmente se explica por um aprendizado acumulado de órgãos, como a Defensoria Pública e o Ministério Público, na propositura de ações coletivas. Se, inicialmente, é possível que tenha havido resistência dos magistrados em julgar favoravelmente casos em que a interferência sobre a política é patente e coletiva, este fato fez com que Ministérios Públicos e Defensorias se tornassem mais estratégicos no uso desses instrumentos processuais. Ou seja, ainda que a judicialização ocorra predominantemente pela via individual, as coletivas têm mais sucesso exatamente porque sua escassez está associada ao seu uso mais calculado em questões com mais probabilidade de sucesso.

(iv.) Referências técnicas

Um dos pontos mais discutidos pelos entrevistados é a necessidade de melhorar a fundamentação judicial e aproximar o juiz das categorias e evidências técnicas da política de saúde. Nessa toada, a criação dos Núcleos de Apoio Técnico (NATs) pode ser vista como uma resposta a essa necessidade de melhorar a capacidade de a justiça decidir casos tecnicamente complexos. De outro modo, a criação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC) no Sistema Único de Saúde, em 2011, aponta também o caminho do fortalecimento das evidências científicas no próprio processo administrativo de incorporação de medicamentos ao Sistema Único de Saúde, “uma tentativa do Ministério da Saúde em tornar as decisões por incorporações de novas tecnologias ao SUS mais transparente e responsiva a diferentes atores – pacientes, médicos, indústria farmacêutica e gestores (Wang, 2015)” (Insper-CNJ, 2019b, p. 21).

A Tabela 1, apresentada na seção anterior, revela que tanto o Nat quanto a Conitec são citados muito raramente, o que mostra que os mecanismos de qualificação da decisão judicial são ainda pouco utilizados, ao menos explicitamente, com menção expressa nos textos das decisões judiciais de segunda instância.

Em São Paulo, é interessante perceber que o Nat é citado em 0,01% das decisões (8 decisões). O Estado ainda tem uma experiência incipiente com o Núcleo, que até aquele momento atendia apenas à saúde suplementar e fora acionado em raros casos. Ademais, o novo formato do núcleo (cobrindo também demandas de saúde pública e atendendo às especificações do Conselho Nacional de Justiça) ainda não havia sido posto em prática pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Dessa forma, a referência ao Nat pode estar vinculada a referências gerais de juizes à própria política do Conselho





Nacional de Justiça no âmbito do Fórum Nacional da Saúde, sem referência a atuação particular do Nat no Estado.

O mesmo pode estar ocorrendo em outros Estados com Nats ainda muito jovens, apesar da primeira recomendação do Conselho Nacional de Justiça para sua criação ser de 2011. É o caso do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em que nenhuma decisão faz referência ao núcleo. Os estados que mais citam o Nat são aqueles que instalaram o Núcleo há mais tempo. Este é o caso do Rio de Janeiro, que, de longe, é o que mais faz referência a essa iniciativa – 2,7% das decisões, onde o Núcleo foi instalado, em 2012, e inspirou a iniciativa dentro do próprio Conselho Nacional de Justiça. O Rio de Janeiro também é o estado em que o Nat se encontra mais desenvolvido (Vasconcelos, 2018). Também se destacam os Estados do Mato Grosso do Sul – 3,2% (151 decisões), onde o núcleo opera desde 2017 e possui um relativo grau de institucionalização; e Mato Grosso – 18,05% (72 decisões), em operação desde ao menos 2011.

Esses resultados “são consistentes com as expectativas da literatura (Wang, 2015; Dias e Silva, 2016). Mesmo em São Paulo, estado que ainda registra os maiores índices de casos novos ajuizados todos os anos, apenas 72 das mais de 80 mil decisões analisadas faz referência à Comissão. O Tribunal que mais faz referência à Conitec é o TRF4, com 359 ou 2,28% de suas decisões. Isso não significa que pertencer à justiça federal implica maior probabilidade de os casos fazerem referência tanto aos Nats quanto à Conitec. É possível, porém, que, na região Sul, a Justiça Federal esteja mais especializada do que nas duas outras regiões, dado o grande volume de casos judiciais sobre saúde que advém especialmente do Rio Grande do Sul” (Insper-CNJ, 2019b, p. 21).

Além de Nats e Conitec, as decisões judiciais também pouco mencionam as resoluções, recomendações e atuação do Conselho Nacional de Justiça em saúde. A partir de “uma análise de frequência de menções aos enunciados interpretativos do CNJ relacionados à saúde, que ocorreram no âmbito de duas Jornadas de Direito da Saúde, realizadas nos anos de 2014 e de 2015. Os resultados indicam que, em primeira instância, foram mencionados 19 vezes em 107.497 decisões e, em segunda instância, 2 vezes em 82.233 decisões. Os achados são estatisticamente irrelevantes e sugerem que há pouca utilização dos enunciados interpretativos do CNJ. Por outro lado, se considerados os temas e/ou termos que constam nos enunciados, os resultados passam a ser significativos. Este é o caso de prescrição de medicamentos e de tratamentos experimentais e de medicamentos “off label”, que aparecem com frequência relevante e crescente na fundamentação das decisões judiciais” (Insper-CNJ, 2019b, p. 21).





5. Conclusão

A literatura sobre a judicialização da saúde no Brasil é um dos poucos temas em que as reflexões de juristas e acadêmicos do direito entram em contato com a pesquisa empírica de forma sistemática, além da necessária interação com outras áreas “fora do direito”, como saúde pública, ciência política e economia. A pesquisa desenvolvida pelo Insuper-CNJ procurou contribuir com esse campo em desenvolvimento a partir de uma pesquisa interdisciplinar que envolveu acadêmicos do direito, economia, ciência política e ciência de dados, e combinando métodos qualitativos e quantitativos de pesquisa empírica para explorar bases de dados de 21 tribunais estaduais e 2 tribunais federais. Essa combinação de métodos enfrentou obstáculos, especialmente diante da falta de padronização entre tribunais na organização de seus acervos e repositórios de decisões, além de restrições eletrônicas a coleta automatizada de informações. Vale, nesse sentido, enfatizar que acervos abertos, bem organizados e de fácil coleta e análise por pesquisadores trazem transparência ao sistema de justiça e são elementos fundamentais à produção de conhecimento sobre as ações do Judiciário. A possibilidade de conhecer amplamente e pesquisar sobre a Justiça é uma atividade fundamental na manutenção de uma sociedade democrática e do Estado de Direito.

Neste breve capítulo procuramos sumarizar os principais achados da pesquisa Insuper-CNJ. Para mais informações e uma descrição completa das análises de dados, é recomendável a leitura do Relatório Analítico Propositivo (Insuper-CNJ, 2019a). Em linhas gerais, a pesquisa desenvolvida “desafia algumas das hipóteses da literatura, como a menor chance de sucesso de ações coletivas em relação às ações individuais”, e explora outras pouco discutidas pela literatura, “como a grande heterogeneidade regional nos tipos de demandas judicializadas, assim como nos padrões de fundamentação predominantes nos diversos tribunais” (Insuper-CNJ, 2019b, p. 23). Parte das questões investigadas requer ainda aprofundamento, sobretudo para uma investigação de causas dos fenômenos aqui identificados. Essa é uma agenda para pesquisas futuras, as quais se tornam agora viáveis a partir do esforço de diagnóstico abrangente realizado por esta pesquisa.

Referências:

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010.

BIEHL, João; SOCAL, Mariana P.; AMON, Joseph J. The judicialization of health and the quest for state accountability: evidence from 1,262 lawsuits for access to medicines in southern Brazil. *Health and human rights*, v. 18, n. 1, p. 209, 2016.



DINIZ, Debora; MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho; PENALVA, Janaina. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 19, p.591-598, 2014.

DA SILVA, Virgilio Afonso; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the right to health in Brazilian courts: The exclusion of the already excluded?. *Law & Social Inquiry*, v. 36, n. 4, p. 825-853, 2011.

DIAS, E.R., SILVA JUNIOR, G. B. Evidence-Based Medicine in judicial decisions concerning right to healthcare. *Einstein (São Paulo)*, v. 14, n. 1, p. 1-5, 2016.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequities?. *Health and human rights*, 2009, p. 33-45.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Brazil. Health inequalities, rights and courts: the social impact of the “judicialization of health” in Brazil. In: *Litigating health rights: can courts bring more justice to health systems*, Cambridge: Harvard University Press, 2011.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Right to health litigation in Brazil: Why are collective suits so hard to enforce?. University of Warwick, School of Law, Link: http://www.esrnet.org/usr_doc/Ferraz_-_Implementing_the_Right_to_Health_in_Brazil.pdf, accessed March, 2012, vol. 27.

FRITHJOF, O.; WILSON, B. Health rights litigation and access to medicines: priority classification of successful cases from Costa Rica's Constitutional Chamber of the Supreme Court. **Health and Human Rights Journal (HHR)**, v. 16, n. 2, 2014.

GOTLIEB, Verónica; YAVICH, Natalia; BASCOLO, Ernesto. Litigio judicial y el derecho a la salud en Argentina. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 1, e00121114, 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016000100705&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 21 jul. 2020. Epub 16-Fev-2016. <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311X00121114>.

INSPER, Conselho Nacional de Justiça, *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Relatório Propositivo Analítico. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019a.

INSPER, Conselho Nacional de Justiça, *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Sumário Executivo. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019b.



LAMPREA, Everaldo, Colombia's Right-to-Health Litigation in a Context of Health Care Reform (February 15, 2013). *The Right to Health at the Public/Private Divide: A Global Comparative Study*, Aeyal Gross and Colleen Flood, eds., Cambridge University Press, Forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2255658>

VASCONCELOS, Natalia Pires de; *Mandado de segurança ou ministério da saúde?: Gestores, procuradores e respostas institucionais à judicialização*. 2018. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

VASCONCELOS, Natalia Pires. *Solução do Problema ou Problema da Solução? STF, CNJ e a Judicialização da Saúde*. *Rei-Revista Estudos Institucionais*, 2020, vol. 6, no 1, p. 83-108.

WANG, Daniel Wei L. *Right to health litigation in Brazil: the problem and the institutional responses*. *Human Rights Law Review*, 2015, vol. 15, no 4, p. 617-641.

WANG, Daniel W. Liang; FERRAZ, Octavio Luiz Motta. *Reaching out to the needy-access to justice and public attorneys' role in right to health litigation in the city of Sao Paulo*. *SUR-Int'l J. on Hum Rts.*, 2013, vol. 18, p. 159.





**A RELEVÂNCIA DO PODER REGULATÓRIO DA AGÊNCIA NACIONAL
DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS) NOS LITÍGIOS ENTRE
OPERADORAS E BENEFICIÁRIOS DE PLANOS DE SAÚDE,
ESPECIALMENTE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA (STJ)**

MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Ministro do Superior Tribunal de Justiça desde 2011. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); mestre em Direito (LL.M.) pela Harvard Law School (EUA); doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt, na Alemanha.

Foi advogado militante, procurador do Estado de São Paulo, procurador da Fazenda Nacional e Conselheiro do Conselho Administrativo da Defesa Econômica (CADE).





1. Introdução

A chamada judicialização da saúde, isto é, a discussão em juízo das questões relacionadas com a prestação de serviços de saúde, não se limita às demandas propostas contra o Estado para a obtenção de uma prestação individual que concretize o direito social à saúde, mas abarca também os litígios entre operadoras e beneficiários de planos de saúde. No Superior Tribunal de Justiça, ao qual incumbe a uniformização do direito federal no País, os recursos atinentes à saúde suplementar correspondem a expressivo volume dos julgados por sua Segunda Seção, a quem compete julgar os feitos relativos ao direito privado em geral.

A judicialização da saúde pública remete a uma quase incontrolável escalada de custos que ameaça inviabilizar o Sistema Único de Saúde e tem sujeitado o Poder Judiciário a várias críticas, como: falta de legitimidade para substituir o Poder Executivo na definição de políticas públicas, falta de competência técnica para adjudicar complexas questões que envolvem a adequação de meios fins, violação do princípio da separação de poderes, ameaça à segurança jurídica, ineficiência e injustiça na alocação de recursos escassos em prejuízo daqueles a quem se pretendia originalmente proteger e ameaça à coerência e integridade do sistema jurídico. Para fazer frente a essas dificuldades, o Conselho Nacional de Justiça já tem desenvolvido estratégias destinadas a aprimorar as técnicas de julgamento (Recomendações nºs 31 e 32, por exemplo)¹. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, já definiram alguns critérios para o fornecimento de medicamentos, terapias e tratamentos pelo Estado².

De modo semelhante, a judicialização da saúde suplementar tem suscitado preocupações quanto ao aumento incontrolável de custos, o que pode pôr em xeque a viabilidade econômico-financeira do setor. Ao mesmo tempo, tem gerado críticas à atuação do Judiciário, que não respeitaria a força vinculante dos contratos e as normas editadas pela agência reguladora.

¹ Cf. Cueva, Ricardo Villas Bôas, “Parâmetros para a judicialização da saúde”, in Caggiano, Monica; Lembo, Claudio; Almeida Neto, Manoel Carlos (coords.), “Juiz Constitucional: Estado e poder no Século XXI”; homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, São Paulo, RT, 2015, p. 507 ss.

² Por exemplo, no STJ, o REsp nº 1.657.156-RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção. Tese aprovada: “A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (I) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (II) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e (III) existência de registro na ANVISA do medicamento”.





Como se sabe, o setor de saúde suplementar está entre os mais densamente regulados. A Agência Nacional de Saúde Suplementar, que tem uma intensa produção normativa, atua em todo o território nacional como “órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde” (art. 1º da Lei nº 9.961, de 2000).

Pretende-se neste artigo verificar se o dever de deferência³ do Judiciário às normas expedidas pelas agências reguladoras, em especial da Agência Nacional de Saúde

³ BARROSO, Luís Roberto V. Direito intertemporal, competências funcionais e regime jurídico dos planos e seguros de saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, págs. 251/257: “o Judiciário deve deferência aos atos das agências reguladoras porque se trata de atos da Administração Pública – isto é: de um outro poder político – e atos praticados por entidades criadas e aparelhadas de forma específica pelo Legislativo para a regulação de determinado setor. A mera possibilidade, em tese, da prática de atos inválidos, não tem o condão de autorizar o Judiciário a subtrair das agências reguladoras o pleno exercício de atribuições e prerrogativas que lhes foram conferidas por lei e que, a rigor, justificam a sua própria criação. Há, porém, um segundo conjunto de razões por força dos quais o Judiciário deve guardar deferência ao examinar as decisões das agências reguladoras. O ponto está relacionado às chamadas capacidades institucionais, isto é, às condições de que cada estrutura dispõe para a tomada de decisões. Como regra, o sistema político e, sobretudo, as instâncias administrativas dispõem de melhores instrumentos para apreciar realidades complexas e fazer avaliações sistêmicas e de longo prazo. A função jurisdicional, por seu turno, destina-se tipicamente à apreciação das circunstâncias do caso concreto que lhe é submetido. Ainda que se permita ao juiz buscar elementos externos para a formação de seu convencimento, a estrutura na qual ele se insere não é aparelhada para considerar variáveis externas ao processo, prever efeitos colaterais de suas decisões sobre o sistema ou fazer escolhas sobre a melhor forma de alcançar metas coletivas abrangentes. (...) Em resumo, o Judiciário deve ter especial deferência pelas decisões das agências na medida em que a elas foi atribuída competência legal para regular o sistema econômico como um todo, tendo em conta todos os seus aspectos e os fins a serem atingidos a curto e médio prazo. O magistrado, por seu turno, não visualiza, e nem tem como considerar, as necessidades do sistema e nem sequer seria capaz de avaliar o impacto de suas decisões sobre esse sistema. Além dessa preocupação com o sistema, decisões das agências que envolvam de forma preponderante juízos eminentemente técnicos merecem, também por essa razão, especial deferência por parte do Poder Judiciário”.





Suplementar, tem sido observado pelo Superior Tribunal de Justiça. Para analisar como a enorme produção normativa da Agência Nacional de Saúde Suplementar tem sido recebida por esse Tribunal, a jurisprudência mais relevante foi agrupada em quatro temas, em razão de sua recorrência: cobertura dos planos de saúde, manutenção de aposentado ou demitido se justa causa em plano de saúde coletivo, migração de plano de saúde e portabilidade de carência e, finalmente, a questão das mensalidades e do custeio dos planos de saúde.

II - Cobertura nos planos de saúde

a) Tratamento psicoterápico e coparticipação nas sessões que excederem a cobertura mínima obrigatória – cobertura obrigatória das doenças mentais com o advento da Lei nº 9.656, de 1998

Compete à Agência Nacional de Saúde Suplementar fixar parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde (art. 4º, V, da Lei nº 9.961, de 2000). Dentre esses parâmetros figura o número sessões de psicoterapia que pode ser exigido das operadoras de planos de saúde. A cobertura mínima obrigatória, em tais casos, inicialmente estabelecida em 12 sessões de psicoterapia por ano de contrato (Resolução Normativa ANS nº 338, de 2013), foi ampliada, dois anos depois, para 18 consultas anuais (Resolução Normativa ANS nº 387, de 2015).

Não obstante a reverência prestada à agência reguladora, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que, após a Lei nº 10.216 de 2001, a qual promoveu reforma psiquiátrica e instituiu os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, é necessário articular os modelos assistenciais público, privado e suplementar na área da saúde mental. Como os tratamentos psicoterápicos são contínuos e de longa duração, não é razoável limitar seu custeio ao mínimo obrigatório determinado pela agência reguladora, tampouco razoável exigir que as operadoras arquem sozinhas com o custo das sessões que excederem o parâmetro anual.

Assim, “a quantidade de consultas psicoterápicas que ultrapassar as balizas de custeio mínimo obrigatório deverá ser suportada tanto pela operadora quanto pelo usuário, em regime de coparticipação, aplicando-se, por analogia, com adaptações, o que ocorre nas hipóteses de internação em clínica psiquiátrica, especialmente o percentual de contribuição do beneficiário (arts. 16, VIII, da Lei nº 9.656/1998; 2º, VII e VIII, e 4º, VII, da Resolução CONSU nº 8/1998 e 22, II, da RN ANS nº 387/2015)” (REsp 1.679.190/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 26/9/2017, DJe 2/10/2017).



Vê-se aqui que o Tribunal, ao analisar a matéria trazida à sua apreciação, levou em conta toda a legislação aplicável, até mesmo as normas editadas pela agência reguladora. Dessa interpretação sistemática resultou o entendimento de que deveria ser aplicado à hipótese, por analogia, o regramento incidente sobre as internações psiquiátricas, a fim de que os tratamentos psicoterápicos, quase sempre de longa duração, não tivessem frustrado seu objetivo de restabelecer a saúde mental do paciente ante a limitação uniforme da cobertura mínima de sessões de terapia.

b) Terapia ocupacional – limitação de 12 sessões por ano – desvantagem exagerada

Também no que tange à terapia ocupacional, entendeu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça não ser razoável limitar o tratamento ao mínimo obrigatório. Mais uma vez, a coparticipação foi o instrumento utilizado para o custeio das consultas excedentes:

“Há abusividade na cláusula contratual ou em ato da operadora de plano de saúde que importe em interrupção de tratamento de terapia por esgotamento do número de sessões anuais asseguradas no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, visto que se revela incompatível com a equidade e a boa-fé, colocando o usuário (consumidor) em situação de desvantagem exagerada (art. 51, IV, da Lei 8.078/1990). Precedente.

Utilização da coparticipação para as consultas excedentes, como forma de evitar o desequilíbrio financeiro, entre prestações e contraprestações. Valoriza-se, a um só tempo, a continuidade do saudável e consciente tratamento do paciente enfermo sem impor à operadora o ônus irrestrito de seu financiamento, utilizando-se a prudência como fator moderador de utilização dos serviços privados de atenção à saúde”.

(Resp nº 1.642.255/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 20/4/2018)

c) Home care – Resolução Normativa ANS nº 338, de 2013 (art. 13)

Uma das mais difíceis questões trazidas a julgamento no Superior Tribunal de Justiça diz respeito à exigibilidade de internação domiciliar, comumente referida como home care. É que, como destacado no REsp nº 1.537.301/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, “a atenção domiciliar nos planos de saúde não foi vedada, tampouco tornou-se obrigatória, devendo obedecer à previsão contratual ou à negociação entre as partes, respeitados os normativos da Anvisa no caso da internação domiciliar”.





Entretanto, prossegue o voto condutor do julgado, “o serviço de saúde domiciliar não só se destaca por atenuar o atual modelo hospitalocêntrico, trazendo mais benefícios ao paciente, pois terá tratamento humanizado junto da família e no lar, aumentando as chances e o tempo de recuperação, sofrendo menores riscos de reinternações e de contrair infecções e doenças hospitalares, mas também, em muitos casos, é mais vantajoso para o plano de saúde, já que há a otimização de leitos hospitalares e a redução de custos: diminuição de gastos com pessoal, alimentação, lavanderia, hospedagem (diárias) e outros”.

Desse modo, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sintonia com a regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar que remete à norma editada pela Anvisa, concluiu que, “na ausência de regras contratuais que disciplinem a utilização do serviço, a internação domiciliar pode ser obtida como conversão da internação hospitalar. Assim, para tanto, há a necessidade (i) de haver condições estruturais da residência, (ii) de real necessidade do atendimento domiciliar, com verificação do quadro clínico do paciente, (iii) da indicação do médico assistente, (iv) da solicitação da família, (v) da concordância do paciente e (vi) da não afetação do equilíbrio contratual, como nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia não supera o custo diário em hospital”.

d) Medicamento sem registro na Anvisa – Resolução Normativa ANS nº 387, de 2015

Outra questão tormentosa enfrentada pelo Judiciário relaciona-se à necessidade, ou não, de a operadora de plano de saúde fornecer medicamento importado sem registro na Anvisa. No ponto, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido, mais uma vez de acordo com as normas editadas pelas autoridades reguladoras, que a operadora não pode ser compelida a custear medicamento importado não registrado, o que constituiria infração sanitária, somente podendo ser obrigada a fazê-lo após o registro pela Anvisa:

“A exclusão da assistência farmacêutica para o medicamento importado sem registro na ANVISA também encontra fundamento nas normas de controle sanitário. De fato, a importação de medicamentos e outras drogas, para fins industriais ou comerciais, sem a prévia e expressa manifestação favorável do Ministério da Saúde constitui infração de natureza sanitária (arts. 10, 12 e 66 da Lei nº 6.360/1976 e 10, IV, da Lei nº 6.437/1977), não podendo a operadora de plano de saúde ser obrigada a custeá-los em afronta à lei.

Após o ato registral [pela Anvisa], a operadora de plano de saúde não pode recusar o tratamento com o fármaco indicado



pelo médico assistente. Com efeito, a exclusão da cobertura do produto farmacológico nacionalizado e indicado pelo médico assistente, de uso ambulatorial ou hospitalar e sem substituto eficaz, para o tratamento da enfermidade significa negar a própria essência do tratamento, desvirtuando a finalidade do contrato de assistência à saúde (arts. 35-F da Lei nº 9.656/1998 e 7º, parágrafo único, e 17 da RN nº 387/2015 da ANS)”.

(Resp nº 1.632.752/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 29/8/2017)

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça também decidiu ser legítima a recusa da operadora de plano de saúde ao custeio de medicamento não registrado na Anvisa (art. 10, inc. V, da Lei nº 9.656, de 1998). (REsp nº 1.628.854/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 1º/3/2018, DJe 26/4/2018).

A matéria foi consolidada pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça em recurso repetitivo: “*As operadoras de planos de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamentos não registrados pela ANVISA*”. (REsp nºs 1.726.563 e 1.712.163/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgados em 8/11/2018)

e) Prótese e órtese ligadas ao ato cirúrgico e ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (facectomia e lentes intraoculares)

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em estrita aderência à lei de regência e às normas regulatórias, descaracterizou o dano moral coletivo e afastou a obrigação de as operadoras ressarcirem os custos de implante das lentes em cirurgias de catarata ao Sistema Único de Saúde, tendo em vista a inexistência de abusividade na recusa de cobertura até a mudança de entendimento da agência reguladora:

“Até o início de 2008 havia dúvida jurídica razoável quanto à abusividade da negativa de cobertura das próteses ligadas à facectomia nos contratos de assistência à saúde anteriores à edição da Lei nº 9.656/1998, somente superada com a revisão de entendimento da ANS sobre o tema, de forma que a operadora, ao ter optado pela restrição contratual, não incorreu em nenhuma prática socialmente execrável; tampouco foi atingida, de modo injustificável, a esfera moral da comunidade. Descaracterização, portanto, do dano moral coletivo: não houve intenção deliberada da demandada em violar o ordenamento jurídico com vistas a obter lucros predatórios em





detrimento dos interesses transindividuais dos usuários de plano de saúde.

Não há falar em ressarcimento ao SUS (art. 32 da Lei nº 9.656/1998) quanto aos custos de implante das lentes intraoculares de usuários que procuraram a Saúde Pública para realizar a cirurgia de catarata, visto que as operadoras de plano de saúde não podem ser sancionadas por seguirem diretrizes da própria Administração. Somente após a revisão de entendimento da ANS a respeito da legalidade da cláusula que afastava a cobertura de próteses ligadas à facectomia em contratos anteriores à edição da Lei nº 9.656/1998 é que poderá ser cobrado da operadora o reembolso pelas despesas feitas a esse título no SUS, e segundo normas expedidas pelo próprio ente governamental regulador.”

(Resp nº 1.473.846/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/2/2017, DJe 24/2/2017)

f) Fertilização *in vitro* e inseminação artificial – Art. 7º, I, Resolução Normativa ANS nº 338, de 2013

Em consonância com a norma editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, o Superior Tribunal de Justiça entendeu não ser abusiva a cláusula contratual que exclui da cobertura do plano de saúde a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*:

“A Resolução Normativa 338/2013 da ANS, aplicável à hipótese concreta, define planejamento familiar como o ‘conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal’ (art. 7º, I, RN 338/2013 ANS).

Aos consumidores estão assegurados, quanto à atenção em planejamento familiar, o acesso aos métodos e técnicas para a concepção e a contracepção, o acompanhamento de profissional habilitado (v.g. ginecologistas, obstetras, urologistas), a realização de exames clínicos e laboratoriais, os atendimentos de urgência e de emergência, inclusive a utilização de recursos comportamentais, medicamentosos ou cirúrgicos, reversíveis e irreversíveis em matéria reprodutiva.

A limitação da lei quanto à inseminação artificial (art. 10, III, LPS) apenas representa uma exceção à regra geral de atendimento obrigatório em casos que envolvem o planejamento familiar (art. 35-C, III, LPS). Não há, portanto, abusividade na cláusula contratual de exclusão de cobertura de inseminação artificial, o que tem respaldo na LPS e na RN 338/2013.”



(REsp nº 1.590.221/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 7/11/2017, DJe 13/11/2017)

g) Obesidade mórbida – internação em clínica de emagrecimento – tratamento estético – descaracterização

A internação em clínica de emagrecimento, por prescrição médica, em caso de obesidade mórbida de elevado grau não se confunde com tratamento estético, tal como definido na lei e na norma regulamentar, descabendo à operadora negar cobertura por falta de previsão contratual. Foi esse o entendimento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao discutir o correto enquadramento da hipótese à legislação aplicável:

“Ação ordinária que busca o custeio de tratamento contra obesidade mórbida (grau III) em clínica especializada de emagrecimento, pois o autor não obteve sucesso em outras terapias, tampouco podia se submeter à cirurgia bariátrica em virtude de apneia grave e outras comorbidades, sendo a sua situação de risco de morte.

A restrição ao custeio pelo plano de saúde de tratamento de emagrecimento circunscreve-se somente aos de cunho estético ou rejuvenescedor, sobretudo os realizados em SPA, clínica de repouso ou estância hidromineral (arts. 10, IV, da Lei nº 9.656/1998 e 20, § 1º, IV, da RN ANS nº 387/2015), não se confundindo com a terapêutica da obesidade mórbida (como a internação em clínica médica especializada), que está ligada à saúde vital do paciente e não à pura redução de peso almejada para se obter beleza física.

Havendo indicação médica para tratamento de obesidade mórbida ou severa por meio de internação em clínica de emagrecimento, não cabe à operadora negar a cobertura sob o argumento de que o tratamento não seria adequado ao paciente, ou que não teria previsão contratual, visto que tal terapêutica, como último recurso, é fundamental à sobrevivência do usuário, inclusive com a diminuição das complicações e doenças dela decorrentes, não se configurando simples procedimento estético ou emagrecedor.”

(Resp nº 1.645.762/BA, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017)





h) Próteses e órteses – Dispositivo médico implantável – Resolução Normativa ANS nº 428, de 2017

Em conformidade com a norma expedida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, entendeu-se no Superior Tribunal de Justiça que a operadora de plano de saúde somente é obrigada a custear prótese ortopédica implantada mediante ato cirúrgico:

“Cinge-se a controvérsia a definir se a prótese ortopédica indicada para a usuária estava ligada ou não ao ato cirúrgico, o que influirá no dever de custeio pela operadora de plano de saúde.

Nos planos de saúde, é obrigatória apenas a cobertura de órteses, próteses e materiais especiais (OPME) sem a finalidade estética e que necessitem de cirurgia para serem colocados ou retirados, ou seja, que se qualifiquem como dispositivos médicos implantáveis, independentemente de se tratar de produto de alto custo ou não.

Para saber se uma prótese ou órtese está ligada ao ato cirúrgico e, portanto, coberta pelo plano de saúde, deve-se indagar se ela possui as seguintes características, inerentes aos dispositivos médicos implantáveis: (i) ser introduzida (total ou parcialmente) no corpo humano; (ii) ser necessário procedimento cirúrgico para essa introdução; (iii) permanecer no local onde foi introduzida, após o procedimento cirúrgico.

As próteses de substituição de membros, a exemplo das endo ou exoesqueléticas para desarticulação de joelho, transfemural ou transtibial, são não implantáveis, o que as tornam objeto de exclusão de cobertura obrigatória pelos planos de saúde, pois não estão ligadas a ato cirúrgico”.

(Resp nº 1.673.822/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 15/3/2018, DJe 11/5/2018)

i) Órtese substitutiva de cirurgia – órtese craniana (exceção)

Como exceção à hipótese normativa anteriormente discutida, justificada por situação de desvantagem exagerada, que não se coaduna com o Código de Defesa do Consumidor, admitiu-se no Superior Tribunal de Justiça a obrigatoriedade de a operadora de saúde custear órtese craniana substitutiva de cirurgia:

“O propósito recursal consiste em definir: i) se a operadora de plano de saúde deve fornecer órtese substitutiva de procedimento cirúrgico; e ii) se a negativa em seu fornecimento no particular constitui hipótese de compensação por danos morais.





Confrontar o beneficiário com a hipótese de o plano de saúde cobrir apenas e tão somente a cirurgia de sua filha - e não a órtese que lhe é alternativa - representa situação de desvantagem exagerada, prática vedada pelo Código de Defesa do Consumidor.

A lei estabelece que as operadoras de plano de saúde não podem negar o fornecimento de órteses, próteses e seus acessórios indispensáveis ao sucesso da cirurgia, como por exemplo a implantação de stents ou marcapassos em cirurgias cardíacas. Se o fornecimento de órtese essencial ao sucesso da cirurgia deve ser custeado, com muito mais razão a órtese que substitui esta cirurgia, por ter eficácia equivalente sem o procedimento médico invasivo do paciente portador de determinada moléstia.”

(REsp nº 1.731.762/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/5/2018, DJe 28/5/2018)

j) Medicamento *off label* – Resolução Normativa ANS nº 338, de 2013, e caráter experimental

Em julgamento de um dos primeiros casos que versam sobre o uso de medicamento para finalidade não descrita na bula, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça distinguiu o tratamento experimental a que alude o inciso I do art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998, do uso de medicamento *off label* a que se refere a Resolução Normativa editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar:

“O propósito recursal consiste em definir se a operadora de plano de saúde está autorizada a negar tratamento prescrito por médico, sob o fundamento de que sua utilização em favor do paciente está fora das indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label).

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) editou a Resolução Normativa 338/2013, vigente ao tempo da demanda, disciplinando que consiste em tratamento experimental aquele que não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label).

Quem decide se a situação concreta de enfermidade do paciente está adequada ao tratamento conforme as indicações da bula/manual da ANVISA daquele específico remédio é o profissional médico. Autorizar que a operadora negue a cobertura de tratamento sob a justificativa de que a doença do paciente não está contida nas indicações da bula representa inegável ingerência na ciência médica, em odioso e inaceitável prejuízo do paciente enfermo.





O caráter experimental a que faz referência o art. 10, I, da Lei 9.656 diz respeito ao tratamento clínico ou cirúrgico incompatível com as normas de controle sanitário ou, ainda, aquele não reconhecido como eficaz pela comunidade científica.

A ingerência da operadora, além de não ter fundamento na Lei 9.656/98, consiste em ação iníqua e abusiva na relação contratual, e coloca concretamente o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, IV, do CDC)”.

(Resp nº 1.721.705/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 28/8/2018, DJe 6/9/2018)

k) Custeio de exame no exterior – exclusão

Em estrita observância da lei e do contrato, foi mantida a exclusão de cobertura de procedimento realizado fora do Brasil:

(...)

3. O propósito recursal consiste em definir se a operadora de plano de saúde deve fornecer cobertura para procedimento realizado fora do Brasil.

(...)

8. Na hipótese em exame, a recorrida é beneficiária dependente de plano de saúde; o contrato estabelece expressamente a exclusão de tratamento realizado fora do território nacional e o exame Oncotype DX prescrito pela médica assistente é realizado apenas no exterior. Assim, não há se falar em abusividade da conduta da operadora de plano de saúde ao negar a cobertura e o reembolso do procedimento internacional, pois sua conduta tem respaldo na Lei 9.656/98 (art. 10) e no contrato celebrado com a Beneficiária”.

(REsp nº 1.762.313/MS, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 18/09/2018, DJe 21/09/2018)

l) Limitação a 12 horas para atendimento em casos de urgência e emergência – Resolução Normativa ANS nº 428, de 2017 (arts. 21 e 22)

Com lastro em norma editada pela agência reguladora, reafirmou-se no Superior Tribunal de Justiça a distinção entre atendimento ambulatorial e internação hospitalar, confirmando a licitude de cláusula contratual que prevê limite de tempo para tratamento emergencial:

“1. A controvérsia posta no presente recurso especial centra-se em saber se é lícita ou não a cláusula inserta em contrato de plano de saúde individual que estabelece, para o tratamento





emergencial ou de urgência, no segmento atendimento ambulatorial, o limite de 12 (doze) horas.

7. O disposto no art. 12, II, a, da Lei n. 9.656/1998, que veda a limitação de tempo para a internação hospitalar, e o teor do enunciado n. 302 da Súmula do STJ, que dispõe ser abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado, referem-se, expressamente, à segmentação hospitalar, e não à ambulatorial.”

(REsp nº 1.764.859/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 6/11/2018, DJe 8/11/2018)

III – Manutenção de aposentado ou demitido sem justa causa em plano coletivo (arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998)

a) Prazo para manifestação de o usuário demitido permanecer no plano – Resolução Normativa ANS nº 275, de 2011 (art. 10)

Nos termos da norma expedida pela agência, o termo inicial da contagem do prazo para o usuário demitido permanecer no plano de saúde empresarial é a comunicação inequívoca ao ex-empregado sobre a possibilidade de optar por manter condição de beneficiário:

“Demanda proposta por empregada demitida, pouco mais de trinta dias após sua demissão, buscando manter a sua vinculação ao plano de saúde empresarial, mediante o pagamento das parcelas correspondentes.

Decorre do princípio da boa-fé objetiva o dever de comunicação expressa ao ex-empregado do seu direito de optar pela manutenção da condição de beneficiário do plano de saúde, no prazo razoável de 30 dias a partir do seu desligamento da empresa.

A contagem desse prazo somente inicia-se a partir da ‘comunicação inequívoca ao ex-empregado sobre a opção de manutenção da condição de beneficiário de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho’ (parágrafo único do art. 10 da RN 275/2011 da ANS).

Não comprovação da efetiva comunicação à autora.”

(Resp nº 1.237.054/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 22/4/2014, DJe 19/5/2014)





b) Contribuição exclusiva do empregador – inexistência do direito do aposentado

A coparticipação do ex-empregado aposentado ou demitido não se confunde com sua contribuição para o plano de saúde; sendo esta exclusiva do empregador, não há direito de permanência no plano, tal como determinado na lei de regência:

“O plano de assistência médica, hospitalar e odontológica concedido pelo empregador não pode ser enquadrado como salário indireto, sejam os serviços prestados diretamente pela empresa ou por determinada operadora (art. 458, § 2º, IV, da CLT). Com efeito, o plano de saúde fornecido pela empresa empregadora, mesmo a título gratuito, não possui natureza retributiva, não constituindo salário-utilidade (salário in natura), sobretudo por não ser contraprestação ao trabalho. Ao contrário, referida vantagem apenas possui natureza preventiva e assistencial, sendo uma alternativa às graves deficiências do Sistema Único de Saúde (SUS), obrigação do Estado.

Nos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa, prevista em contrato ou em convenção coletiva de trabalho, sendo irrelevante a tão só existência de coparticipação, pois esta não se confunde com contribuição.”

(REsp nº 1.594.346/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 9/8/2016, DJe 16/8/2016)

O tema foi objeto de recurso especial representativo de controvérsia na Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. CIVIL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. EX-EMPREGADO APOSENTADO OU DEMITIDO SEM JUSTA CAUSA. ASSISTÊNCIA MÉDICA. MANUTENÇÃO. ARTS. 30 E 31 DA LEI Nº 9.656/1998. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. CONTRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO EMPREGADOR. VIGÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO. COPARTICIPAÇÃO DO USUÁRIO. IRRELEVÂNCIA. FATOR DE MODERAÇÃO. SALÁRIO INDIRETO. DESCARACTERIZAÇÃO.

*1. Tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: **Nos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa prevista em contrato ou em acordo/convenção coletiva de trabalho,***



não caracterizando contribuição o pagamento apenas de coparticipação, tampouco se enquadrando como salário indireto.

2. No caso concreto, recurso especial provido.”

(REspS nºs 1.680.318 e 1.708.104/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgados em 22/8/2018, DJe 24/8/2018)

c) Planos de ativos e inativos distintos – custeio pós-pagamento x pré-pagamento por faixas etárias

Com supedâneo na lei e na norma infralegal editada pela agência, a Terceira Turma fixou o entendimento de que não há, para os ex-empregados, direito adquirido ao modelo de custeio do plano de saúde, sendo admissível que o ex-empregador contrate plano de saúde exclusivo para os inativos, desde que mantidos os mesmos parâmetros de cobertura e qualidade:

“Mantidos a qualidade e o conteúdo de cobertura assistencial do plano de saúde, não há direito adquirido a modelo de custeio, devendo-se evitar a onerosidade excessiva ao usuário e a discriminação ao idoso. Precedentes.

É possível ao ex-empregador (i) manter os seus ex-empregados – demitidos sem justa causa ou aposentados – no mesmo plano de saúde em que se encontravam antes do encerramento do contrato de trabalho ou (ii) contratar um plano de saúde exclusivo para eles (art. 13 da RN nº 279/2011 da ANS).

A opção da operadora por separar as categorias entre ativos e inativos também se mostra adequada para dar cumprimento às disposições legais, visto que há garantia ao empregado aposentado ou demitido de manutenção das mesmas condições de assistência à saúde, e, por princípio, em valores de mensalidade abaixo dos praticados no mercado, não havendo obrigatoriedade de que o plano de saúde coletivo seja uno, sobretudo com relação ao regime de custeio.”

(REsp nº 1.656.827/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 2/5/2017, DJe 5/5/2017)

d) “Mesmas condições” e “pagamento integral” – Diferença quantitativa entre planos de ativos e inativos, considerada ilegal

Posteriormente, em controle de legalidade da norma editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria,





entendeu que o regulamento desbordou dos limites do art. 31 da Lei nº 9.656, de 1998, que não admitiria a criação de planos de saúde distintos para ativos e inativos nem a cobrança de preços diversos:

“(...)

2. O propósito recursal é definir o alcance da determinação legal ‘mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral’, expressa no art. 31 da Lei 9.656/98, para o aposentado ou o demitido sem justa causa mantido no plano de saúde fornecido por seu ex-empregador.

4. O art. 31 da Lei 9.656/98, regulamentado pela Resolução Normativa 279/2011 da ANS, não alude a possibilidade de um contrato de plano de saúde destinado aos empregados ativos e outro destinado aos empregados inativos. E, quanto ao ponto da insurgência recursal, não faz distinção entre ‘preço’ para empregados ativos e empregados inativos.

5. O ‘pagamento integral’ da redação do art. 31 da Lei 9.656/98 deve corresponder ao valor da contribuição do ex-empregado, enquanto vigente seu contrato de trabalho, e da parte antes subsidiada por sua ex-empregadora, pelos preços praticados aos funcionários em atividade, acrescido dos reajustes legais. Precedentes.”

(REsp nº 1.713.619/SP, rel. Ministra Nancy Andrighi, voto vencido: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 16/10/2018, DJe 12/11/2018)

IV – Migração de plano de saúde e portabilidade de carência

a) Término do direito de prorrogação do plano coletivo empresarial para demitidos e portabilidade – Resolução Normativa ANS nº 279, de 2011 (art. 26, I), e Resolução Normativa ANS nº 186, de 2009 (art. 7º-C)

Aplicando normas editadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça definiu que, decorrido o prazo legal de permanência temporária no plano de saúde coletivo, pode a operadora encerrar o contrato, não sendo obrigada a oferecer plano individual ao ex-empregado:

“Quando há a demissão imotivada do trabalhador, a operadora de plano de saúde deve lhe facultar a prorrogação temporária do plano coletivo empresarial ao qual havia aderido, contanto que arque integralmente com os custos das mensalidades, não podendo superar o prazo estabelecido em lei: período mínimo de 6 (seis) meses e máximo de 24 (vinte e quatro) meses.



Incidência do art. 30, caput e § 1º, da Lei nº 9.656/1998.

A operadora de plano de saúde pode encerrar o contrato de assistência à saúde do trabalhador demitido sem justa causa após o exaurimento do prazo legal de permanência temporária no plano coletivo, não havendo nenhuma abusividade em tal ato ou ataque aos direitos do consumidor, sobretudo em razão da extinção do próprio direito assegurado pelo art. 30 da Lei nº 9.656/1998. Aplicação do art. 26, I, da RN nº 279/2011 da ANS. A operadora de plano de saúde não pode ser obrigada a oferecer plano individual a ex-empregado demitido ou exonerado sem justa causa após o direito de permanência temporária no plano coletivo esgotar-se (art. 30 da Lei nº 9.656/1998), sobretudo se ela não disponibilizar no mercado esse tipo de plano. Além disso, tal hipótese não pode ser equiparada ao cancelamento do plano privado de assistência à saúde feito pelo próprio empregador, ocasião em que pode incidir os institutos da migração ou da portabilidade de carências.”

(REsp nº 1.592.278/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 7/6/2016, DJe 20/6/2016)

b) Portabilidade da carência – migração de categorias de planos na mesma operadora

É assegurada a portabilidade da carência, em observância à norma regulamentar, quando o ex-empregado migra para novo plano individual ou familiar ou coletivo por adesão, na mesma ou em outra operadora:

“Há hipóteses em que o prazo de carência já cumprido em um dado contrato pode ser aproveitado em outro, como geralmente ocorre na migração e na portabilidade de plano de saúde, para a mesma ou para outra operadora. Tais institutos possibilitam a mobilidade do consumidor, sendo essenciais para a estimulação da livre concorrência no mercado de saúde suplementar.

Quanto ao ex-empregado demitido e seus dependentes, para não ficarem totalmente desprotegidos, e atendendo à função social do contrato de plano de saúde (art. 421 do Código Civil), foi assegurada, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a portabilidade especial de carências.

Nos termos do art. 7º-C da RN nº 186/2009 da ANS, o ex-empregado demitido ou exonerado sem justa causa ou aposentado ou seus dependentes vinculados ao plano ficam dispensados do cumprimento de novos períodos de carência na contratação de novo plano individual ou familiar ou coletivo





por adesão, seja na mesma operadora seja em outra, desde que peçam a transferência durante o período de manutenção da condição de beneficiário garantida pelos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656/1998. Aplicação, no caso dos autos, a permitir a cobertura imediata dos serviços de assistência pré-natal e obstétrica.”

(REsp nº 1.525.109/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 4/10/2016, DJe 18/10/2016)

c) Migração de plano coletivo extinto para individual – descabimento da manutenção das mensalidades

Em interpretação sistemática das normas infralegais sobre o tema, decidiu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça que, na hipótese de migração de plano coletivo extinto para plano individual, não há direito à manutenção das mensalidades:

“A migração ou a portabilidade de carências na hipótese de rescisão de contrato de plano de saúde coletivo empresarial foi regulamentada pela Resolução CONSU nº 19/1999, que dispôs sobre a absorção do universo de consumidores pelas operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde que operam ou administram planos coletivos que vierem a ser liquidados ou encerrados. A RN nº 186/2009 e a RN nº 254/2011 da ANS incidem apenas nos planos coletivos por adesão ou nos individuais.

Não há falar em manutenção do mesmo valor das mensalidades aos beneficiários que migram do plano coletivo empresarial para o plano individual, haja vista as peculiaridades de cada regime e tipo contratual (atuária e massa de beneficiários), que geram preços diferenciados. O que deve ser evitado é a abusividade, tomando-se como referência o valor de mercado da modalidade contratual.”

(REsp nº 1.471.569/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 1º/3/2016, DJe 7/3/2016)

V – Mensalidades e custeio dos planos de saúde

a) Regime de custeio e condições de cobertura assistencial (Exceção da Ruína)

Não demonstrada má-fé nem vantagem exagerada de uma das partes sobre a outra, é possível, observada a razoabilidade, alterar o modelo de custeio de plano de saúde para manter seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que garantidas as mesmas condições de cobertura assistencial:



“Mantidos a qualidade e o conteúdo de cobertura assistencial do plano de saúde, não há direito adquirido a modelo de custeio, podendo o estipulante e a operadora redesenharem o sistema para evitar o seu colapso (exceção da ruína), desde que não haja onerosidade excessiva ao consumidor ou a discriminação ao idoso.

Nos contratos cativos de longa duração, também chamados de relacionais, baseados na confiança, o rigorismo e a perenidade do vínculo existente entre as partes pode sofrer, excepcionalmente, algumas flexibilizações, a fim de evitar a ruína do sistema e da empresa, devendo ser respeitados, em qualquer caso, a boa - fé, que é bilateral, e os deveres de lealdade, de solidariedade (interna e externa) e de cooperação recíprocos.

Não há como preservar indefinidamente a sistemática contratual original se verificada a exceção da ruína, sobretudo se comprovadas a ausência de má-fé, a razoabilidade das adaptações e a inexistência de vantagem exagerada de uma das partes em detrimento da outra, sendo premente a alteração do modelo de custeio do plano de saúde para manter o equilíbrio econômico-contratual e a sua continuidade, garantidas as mesmas condições de cobertura assistencial, nos termos dos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656/1998.”

(REsp nº 1.479.420/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 1º/9/2015, DJe 11/9/2015)

b) Coparticipação em percentual sobre o custo de tratamento

Nos termos da lei e das normas regulatórias, admite-se a coparticipação do beneficiário em percentual sobre o custo do tratamento, sendo esta apenas vedada em casos de internação:

“Não há falar em ilegalidade na contratação de plano de saúde em regime de coparticipação, seja em percentual sobre o custo do tratamento seja em montante fixo, até mesmo porque ‘percentual de co-participação do consumidor ou beneficiário’ (art. 16, VIII, da Lei nº 9.656/1998) é expressão da lei. Vedação, todavia, da instituição de fator que limite seriamente o acesso aos serviços de assistência à saúde, a exemplo de financiamentos quase integrais do procedimento pelo próprio usuário, a evidenciar comportamento abusivo da operadora. A coparticipação em percentual sobre o custo do tratamento é proibida apenas nos casos de internação, e somente para os eventos que não tenham relação com a saúde mental, devendo, no lugar, ser os valores prefixados (arts. 2º, VII e VIII, e 4º, VII,





da Resolução CONSU nº 8/1998).

O afastamento da cláusula de coparticipação equivaleria a admitir-se a mudança do plano de saúde para que o usuário arcasse com valores reduzidos de mensalidade sem a necessária contrapartida, o que causaria grave desequilíbrio contratual por comprometer a atuária e por onerar, de forma desproporcional, a operadora, a qual teria que custear a integralidade do tratamento.”

(REsp nº 1.566.062/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/6/2016, DJe 1º/7/2016)

c) Reajuste de faixa etária (REPETITIVO)

Em recurso representativo de controvérsia, com eficácia vinculante, como consabido, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que é possível o reajuste das mensalidades do plano de saúde de acordo com a faixa etária, desde que haja previsão contratual e sejam observadas as normas editadas pelos entes reguladores, e os percentuais não sejam desarrazoados:

“No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS.

Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos.

Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS.

O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores, (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.”





(REsp nº 1.568.244/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 14/12/2016, DJe 19/12/2016)

d) Reembolso nas situações de urgência e emergência – limitação – arts. 12, VI, e 35-C da Lei nº 9.656, de 1998, e Resolução do Conselho de Saúde Suplementar nº 13, de 1998

O dever de reembolsar despesas médicas realizadas em situação de urgência não abarca tratamentos efetuados após a alta hospitalar:

“A figura-se absolutamente eivada de nulidade a disposição contratual que excepciona o dever de reembolsar, mesmo nos casos de urgência ou de emergência, as despesas médicas efetuadas em hospital de tabela própria (compreendido como de alto custo). A lei de regência não restringe o reembolso nessas condições (de urgência ou emergência), levando-se em conta o padrão do hospital em que o atendimento/tratamento fora efetuado, até porque, como visto, a responsabilidade é limitada, em princípio, justamente aos preços praticados pelo produto contratado.

O tratamento médico percebido pelos demandantes no Hospital de alto custo, com renomada e especializada equipe médica, após a alta hospitalar e, portanto, quando não mais presente a situação de emergência ou de urgência do atendimento/tratamento, ainda que indiscutivelmente importante e necessário a sua recuperação, não se encontrava, nos termos legitimamente ajustados, coberto pelo plano de assistência à saúde em comento. Improcede, por conseguinte, a pretensão de ressarcimento da totalidade da despesas expendidas.”

(Resp nº 1.286.133/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 5/4/2016, DJe 11/4/2016)

e) Plano coletivo com menos de 30 beneficiários (agrupamento de contratos) – Resolução Normativa ANS nº 309, de 2012

Os planos coletivos com menos de 30 beneficiários têm características híbridas e ensejam, na forma de norma editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, agrupamento para fins de cálculo atuarial e reajuste anual. Sua rescisão unilateral pela operadora é possível, mas deve observar a legislação consumerista:

“Os contratos grupais de assistência à saúde com menos de 30 (trinta) beneficiários possuem características híbridas, pois





ostentam alguns comportamentos dos contratos individuais ou familiares, apesar de serem coletivos. De fato, tais avenças com número pequeno de usuários contêm atuária similar aos planos individuais, já que há reduzida diluição do risco, além de possuírem a exigência do cumprimento de carências. Em contrapartida, estão sujeitos à rescisão unilateral pela operadora e possuem reajustes livremente pactuados, o que lhes possibilita a comercialização no mercado por preços mais baixos e atraentes.

Diante da vulnerabilidade dos planos coletivos com quantidade inferior a 30 (trinta) usuários, cujos estipulantes possuem pouco poder de negociação em relação à operadora, sendo maior o ônus de mudança para outra empresa caso as condições oferecidas não sejam satisfatórias, e para dissipar de forma mais equilibrada o risco, a ANS editou a RN nº 309/2012, dispondo sobre o agrupamento desses contratos coletivos pela operadora para fins de cálculo e aplicação de reajuste anual.

Os contratos coletivos de plano de saúde com menos de 30 (trinta) beneficiários não podem ser transmutados em plano familiar, que não possui a figura do estipulante e cuja contratação é individual. A precificação entre eles é diversa, não podendo o CDC ser usado para desnaturar a contratação.

Em vista das características dos contratos coletivos, a rescisão unilateral pela operadora é possível, pois não se aplica a vedação do art. 13, parágrafo único, II, da Lei nº 9.656/1998, mas, ante a natureza híbrida e a vulnerabilidade do grupo possuidor de menos de 30 (trinta) beneficiários, deve tal resilição conter temperamentos, incidindo, no ponto, a legislação do consumidor para coibir abusividades, primando também pela conservação contratual (princípio da conservação dos contratos).”

(REsp nº 1.553.013/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/3/2018, DJe 20/3/2018)

VI – Outros temas

a) Morte do titular, cláusula de remissão e plano familiar – Súmula Normativa nº 13, de 2010, da Agência Nacional de Saúde Suplementar

A remissão de plano familiar não pode ser limitada ao cônjuge, estendendo-se também ao companheiro em união estável, sendo possível, ainda, que os dependentes já



inscritos assumam, ao final do período de remissão, as mesmas obrigações e mantenham as mesmas condições contratuais:

“Cinge-se a controvérsia a saber se a esposa separada judicialmente, mas que retornou ao convívio conjugal na qualidade de companheira, faz jus à cobertura contratual do plano de saúde de remissão por morte do titular e se o dependente pode assumir a titularidade do plano de saúde após o período de remissão.

A cláusula de remissão, pactuada em alguns planos de saúde, consiste em uma garantia de continuidade da prestação dos serviços de saúde suplementar aos dependentes inscritos após a morte do titular, por lapso que varia de 1 (um) a 5 (cinco) anos, sem a cobrança de mensalidades. Objetiva, portanto, a proteção do núcleo familiar do titular falecido, que dele dependia economicamente, ao ser assegurada, por certo período, a assistência médica e hospitalar, a evitar o desamparo abrupto.

Embora a cláusula de remissão do plano de saúde se refira ao cônjuge como dependente, sendo omissa quanto à figura do companheiro, não deve haver distinção sobre esse direito, diante da semelhança de papéis e do reconhecimento da união estável como entidade familiar, promovido pela própria Constituição Federal (art. 226, § 3º, da CF). Comprovação da autora, na hipótese dos autos, da condição de companheira.

O término da remissão não extingue o contrato de plano familiar, sendo assegurado aos dependentes já inscritos o direito à manutenção das mesmas condições contratuais, com a assunção das obrigações decorrentes, para os contratos firmados a qualquer tempo (Súmula Normativa nº 13/2010 da ANS).”

(Resp nº 1.457.254/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 12/4/2016, DJe 18/4/2016)

b) Contrato de credenciamento de prestador e sistema de parceria para fins de responsabilização – Resolução Normativa ANS nº 363, de 2014

Nos termos de norma editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, se as restrições não forem informadas ao beneficiário, o credenciamento de hospital abrange todas as especialidades médicas:

“Cinge-se a controvérsia a saber se determinada especialidade médica, no caso, a de oncologia, disponibilizada em hospital credenciado por plano de saúde, mas cujo serviço é prestado





por instituição parceira não credenciada, está abrangida pela cobertura contratual de assistência à saúde.

A operadora, ao divulgar e disponibilizar ao usuário a lista de prestadores conveniados, deve também providenciar a descrição dos serviços que cada um está apto a executar – pessoalmente ou por meio de terceiros –, segundo o contrato de credenciamento formalizado.

Se a prestação do serviço (hospitalar, ambulatorial, médico-hospitalar, obstétrico e de urgência 24h) não for integral, deve ser indicada a restrição e quais especialidades oferecidas pela entidade não estão cobertas, sob pena de se considerar todas incluídas no credenciamento, principalmente em se tratando de hospitais, já que são estabelecimentos de saúde vocacionados a prestar assistência sanitária em regime de internação e de não internação, nas mais diversas especialidades médicas.

O credenciamento, sem restrições, de hospital por operadora abrange, para fins de cobertura de plano de assistência à saúde, todas as especialidades médicas oferecidas pela instituição, ainda que prestadas sob o sistema de parceria com instituição não credenciada.

Eventual divergência de índole administrativa entre operadora e prestador quanto aos serviços de atenção à saúde efetivamente cobertos no instrumento jurídico de credenciamento não pode servir de subterfúgio para prejudicar o consumidor de boa-fé, que confiou na rede conveniada e nas informações divulgadas pelo plano de saúde.”

(REsp nº 1.613.644/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/9/2016, DJe 30/9/2016)

c) Alienação de carteira de planos individuais entre operadores – Resolução Normativa ANS nº 112, de 2005

Observadas as condições fixadas em lei e em norma regulamentar, é possível a alienação de carteira de planos individuais entre operadoras, devendo, em regra, ser mantida a mesma rede de prestação de serviços de saúde, que só pode ser substituída se preenchidos certos requisitos:

“A Resolução Normativa n. 112/2005, editada pela ANS, exige, na alienação voluntária de carteiras de plano de saúde, que a nova operadora mantenha em relação aos beneficiários da carteira transferida as mesmas condições contratuais vigentes, sem lhes restringir direitos ou causar-lhes prejuízos (art. 4º, caput).





O art. 4º, caput e § 2º, da aludida resolução normativa estabelece que, em regra, deve ser mantida a mesma rede de serviços de assistência à saúde credenciados, referenciados ou contratados que a operadora alienante oferecia à época da transferência de carteiras, somente autorizando sua alteração se forem observadas as diretrizes estabelecidas no art. 17 da Lei 9.656/1998.

Em observância ao princípio da boa-fé objetiva e visando à proteção das legítimas expectativas do consumidor quanto à qualidade, à quantidade, à localização, entre outros critérios, dos serviços prestados pela operadora de plano de saúde no momento da contratação, tanto a operadora originariamente contratada pelo consumidor, por força do art. 17 da Lei 9.656/1998, como a nova operadora adquirente das carteiras alienadas, com base no disposto no art. 4º, § 2º, da RN 112/2005-ANS, devem respeitar a regra de manutenção, durante a vigência dos contratos celebrados com os beneficiários, dos prestadores de serviço de saúde já credenciados, referenciados ou contratados.

A substituição do prestador de serviço de saúde em sentido amplo (incluindo hospitais, clínicas, profissionais de saúde, laboratórios e serviços correlatos), durante a vigência do contrato de plano de assistência à saúde, é legítima e possível, mas desde que observadas as seguintes condições: (I) substituição por profissional ou estabelecimento equivalente (art. 17, § 1º, da Lei 9.656/1998); (II) comunicação à ANS e aos consumidores com, no mínimo, trinta dias de antecedência (art. 17, § 1º, da Lei 9.656/1998); e (III) manutenção de eventual internação de beneficiário iniciada antes da substituição (art. 17, § 2º, da Lei 9.656/1998). Tais requisitos devem ser observados tanto pelas operadoras de plano de saúde originariamente contratadas pelo consumidor como pelas operadoras adquirentes de carteiras alienadas (art. 4º, § 2º, da RN n. 112/2005-ANS)."

(REsp nº 1.545.315/PE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 10/11/2016)

d) Responsabilidade das administradoras de benefícios – Resolução Normativa ANS nº 196, de 2009

Interpretadas as normas regulamentares pertinentes, concluiu-se que a operadora de plano de saúde coletivo, ainda que não controle diretamente a adimplência dos beneficiários, tem o dever de informação que precisa ser demonstrado antes da negativa do tratamento pleiteado:





“O propósito recursal é definir: i) se a operadora de plano de saúde é parte legítima para figurar no polo passivo de demanda em que se discute cancelamento abusivo do contrato por falha administrativa acerca da inadimplência do usuário final de plano coletivo; ii) ultrapassada a questão relativa à legitimidade passiva ad causam, se subsiste a sua responsabilidade pelos danos causados ao usuário.

A Resolução Normativa 195/09 da ANS estabelece que a operadora contratada não poderá efetuar a cobrança da contraprestação pecuniária diretamente aos beneficiários, porque a captação dos recursos das mensalidades dos usuários do plano coletivo é de responsabilidade da pessoa jurídica contratante (arts. 13 e 14). Essa atribuição pode ser delegada à administradora de benefícios, nos termos do art. 2º, parágrafo único, V, da RN 196/09 da ANS.

Eventual inadimplemento dos beneficiários do plano coletivo autoriza que a pessoa jurídica contratante solicite a sua suspensão ou exclusão do contrato, nos termos do art. 18, da RN 195/09 da ANS. Entretanto, para que essa conduta esteja respaldada pelo ordenamento jurídico, o contrato do plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão deverá conter cláusula específica que discipline os casos de inadimplemento por parte dos beneficiários, bem como as condições e prazo de pagamento (art. 15, da RN 195/09).

A operadora de plano de saúde, embora não tenha obrigação para controlar individualmente a inadimplência dos usuários vinculados ao plano coletivo, tem o dever de informação previsto contratualmente antes da negativa de tratamento pleiteado pelo usuário.

A análise puramente abstrata da relação jurídica de direito material permite inferir que há obrigações exigíveis da operadora de plano de saúde que autorizam sua participação no processo, enquanto sujeito capaz de, em tese, violar direito subjetivo do usuário final do plano coletivo e, sob esta condição, passível de figurar no polo passivo de demanda.”

(REsp nº 1.655.130/RS, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 15/5/2018, DJe 29/5/2018)

e) Autonomia da saúde suplementar – competência da justiça comum – entidades de autogestão – Resolução de Diretoria Colegiada ANS nº 39, de 2000, e Resolução Normativa nº 137, de 2006

A competência para processar demanda de ex-trabalhador contra ex-empregadora que opera plano de saúde na modalidade de autogestão é da Justiça Comum:



“Cinge-se a controvérsia a saber qual é a Justiça competente, se a Comum estadual ou a do Trabalho, para o exame e o julgamento de feito (fundado nos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656/1998) que discute direitos de ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa de permanecer em plano de saúde coletivo oferecido pela própria empresa empregadora aos trabalhadores ativos, na modalidade de autogestão.

Após o surgimento da Lei nº 9.656/1998 (regulamentadora dos planos de saúde), da Lei nº 9.961/2000 (criadora da ANS) e da Lei nº 10.243/2001 (que deu nova redação ao § 2º do art. 458 da CLT), a Saúde Suplementar, incluídas as autogestões, adquiriu autonomia em relação ao Direito do Trabalho, visto possuir campo temático, teorias e princípios e metodologias específicos.

O art. 458, § 2º, IV, da CLT, incluído pela Lei nº 10.243/2001, é expresso em dispor que a assistência médica, hospitalar e odontológica concedida pelo empregador, seja diretamente ou mediante seguro-saúde, não será considerada como salário.

As entidades de autogestão, mesmo as empresariais, ou seja, aquelas que operam plano privado de assistência à saúde exclusivamente a seus empregados por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, passaram a ser enquadradas como operadoras de planos de saúde, de modo que passaram a ser objeto de regulação e fiscalização pelo Órgão regulador próprio da área: a ANS (arts. 1º da Lei nº 9.656/1998, 1º da RDC ANS nº 39/2000 e 2º, 9º e 21 da RN nº 137/2006).

A pretensão do ex-empregado de manutenção no plano de assistência à saúde fornecido pela ex-empregadora não pode ser vista como simples relação de trabalho. Ao contrário, trata-se da busca de direito próprio de usuário contra a entidade gestora do plano de saúde, que pode ser a própria empresa antes empregadora, mas, para efeitos de atuação na Saúde Suplementar, necessita possuir tanto um registro independente de funcionamento no órgão regulador quanto a aprovação de seus produtos (planos) pelo setor técnico.

A demanda de ex-trabalhador que discute a conduta da ex-empresa empregadora, na qualidade de operadora de plano de saúde (modalidade autogestão), como a negativa de mantê-lo no plano coletivo original, deverá tramitar na Justiça Comum estadual (e não na Justiça do Trabalho) em razão da autonomia da Saúde Suplementar, da não integração da referida utilidade no contrato de trabalho, do término da relação de emprego e do caráter cível do tema.”





(Resp nº 1.695.986/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 27/2/2018, DJe 6/3/2018)

f) Cancelamento da Súmula nº 469 do Superior Tribunal de Justiça e aprovação da Súmula nº 608 do Superior Tribunal de Justiça

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a evolução jurisprudencial, cancelou a Súmula nº 469, que cuidava da aplicação indiscriminada do Código de Defesa do Consumidor aos planos de saúde, e aprovou a Súmula nº 608, que excepciona da incidência da lei consumerista os planos de saúde administrados por entidades de autogestão.

“Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.”

(Súmula nº 469, Segunda Seção, julgado em 24/11/2010, DJe 6/12/2010 - **CANCELADA**).

“Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.”

(Súmula nº 608, Segunda Seção, julgado em 11/4/2018, DJe 17/4/2018).

VII – Considerações finais

Como se vê, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar as questões relacionadas com o cumprimento da legislação federal nos contratos de plano de saúde, notadamente o Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 9.656, de 1998, tem observado o dever de deferência às normas editadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. O fato de tais contratos sujeitarem-se à lei especial e à legislação consumerista não tem sido obstáculo a que essa alta Corte leve em conta a regulação setorial. Ao contrário, observa-se claramente dos julgados analisados que há sempre preocupação em estabelecer a indispensável relação entre os comandos legais e as prescrições regulamentares.

Esse diálogo com a atividade regulatória e sua detalhada produção normativa é constitutivo e indissociável da fundamentação das decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre saúde suplementar, ainda que por vezes resulte em controle de legalidade da norma infralegal, que lhe restringe o alcance, e, por outras, leve a interpretação ampliativa. De todo modo, na imensa maioria dos casos examinados, constata-se estrita aderência das decisões judiciais às normas regulatórias.





ATUAÇÃO JUDICIAL E A INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Ministro Luis Felipe Salomão

Ministro do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior Eleitoral, foi Promotor de Justiça, Juiz de Direito e Desembargador. É professor Emérito da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro e da Escola Paulista da Magistratura. Doutor honoris causa em Ciências Sociais e Humanas pela Universidade Cândido Mendes e Professor honoris causa da Escola Superior da Advocacia - RJ. É Presidente do Conselho Editorial da Revista Justiça & Cidadania. É professor universitário, autor de diversos artigos e livros jurídicos, além de palestrante no Brasil e no exterior.





Seguir precedentes é um dos vieses de segurança jurídica. Quando se fala em judicialização em excesso não se pode perder de vista que é preciso trabalhar para diminuir o inchaço do Judiciário. Não é razoável ter cem milhões de processos, como informam as estatísticas.

O processo de judicialização do setor da saúde vai representar ao Judiciário uma sequência de erros na apreciação da matéria, como também vai gerar para o setor uma enorme disfuncionalidade, até mesmo do ponto de vista econômico. Então, não basta só identificar o problema. É preciso trabalhar para diminuí-lo. E uma das soluções vislumbradas é a criação de um microsistema de soluções extrajudiciais.

Mesmo com diversas ferramentas, como a Lei da Arbitragem, que criou e ampliou o sistema de arbitragem no nosso País, a Lei da Mediação, o Novo Código de Processo Civil e a obrigatoriedade de disciplinas de mediação e arbitragem nos cursos de graduação, ainda é preciso avançar na resolução de conflitos.

O setor bancário concentra o maior contingente de recursos no Superior Tribunal de Justiça, na área de direito privado. Não seria possível pensar num *ombudsman* bancário? No setor médico, inúmeros hospitais, hoje, no mundo inteiro, contam com um *ombudsman* médico. Funciona. É eficiente. Lubrifica a comunicação entre paciente, família de paciente e médicos, e planos de saúde privados ou públicos.

Aqui no Brasil não temos essa tradição, mas é o momento de mudança de mentalidade. É importante mencionar que estamos fazendo análise econômica de dispositivos legais muito relevantes, judicialização e saídas para a judicialização, mas não podemos perder de vista que o centro de todos esses conceitos é o ser humano.

Augusto Cury escreveu o livro “Soluções Pacíficas de Conflitos para um Brasil Moderno”; nele, trata da gestão da emoção para pacificação de conflitos e diz que o racionalismo na ciência deu um salto, mas o universo socioemocional caiu num calabouço. Neste encontro, já em sua nona edição, discutimos agora não somente a pacificação de conflitos, mas, no futuro, as suas implicações na gestão da emoção.

Segurança jurídica é o tema do momento. Apesar de estar previsto já desde a Constituição, de 1988, como direito fundamental, agora se desperta diante de um quase colapso da judicialização, para a necessidade de conferir segurança jurídica nos contratos, nas decisões judiciais. O tema pode ser examinado por um duplo viés: o próprio direito positivado, pela força do Direito Positivo, e a própria proteção dos direitos em si mesmos, pela via judicial, pela via administrativa.

Duas pesquisas são destaque para analisar o tema. A primeira foi realizada pela



professora Maria Tereza Sadek, em 2006. Ela pergunta aos juizes brasileiros: “*Qual a orientação preponderante para as decisões judiciais?*” E a grande maioria, quase 90%, responde que se utiliza dos parâmetros legais para a sua decisão. No complemento da pesquisa de 2019, os juizes têm certa tendência a desprezar os precedentes, o que é um grande equívoco, e isso nos sinaliza que é preciso trabalhar a importância dos precedentes com os juizes que ingressam na Magistratura. Tanto é verdade, que esse papel dos precedentes, agora pelo Novo Código de Processo Civil contém mecanismos que buscam minimizar essa judicialização: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). São instrumentos que devem ser utilizados para tornar a força desses precedentes efetivamente vinculantes. Agora o legislador colocou à disposição da parte um instrumento poderosíssimo: reclamação. Se descumpriu o precedente, vai direto para a Corte Superior, não passa por nada, ou vai direto para o Tribunal, que exarou o precedente vinculante. Dessa forma, é preciso pensar nesse papel dos precedentes vinculantes como garantia de segurança jurídica, como orientação para a celeridade dos julgamentos.

A segunda pesquisa “*Quem Somos – a Magistratura que Queremos*” –, realizada pelos sociólogos Luiz Werneck Vianna, Maria Alice e Marcelo Burgos, veio a público no início de 2019. Muito bem trabalhada, é pioneira, porque quase cinco mil respondentes, o que no universo da Magistratura é um número bastante expressivo, e atualizou a pesquisa de vinte anos atrás, com o mesmo grupo de sociólogos, o que tem grande valor intrínseco, é muito raro isso em sociologia, em pesquisa. E um dos primeiros temas que se perguntou para os juizes foi justamente este: “*Quais os 3 (três) fatores que explicam essa crescente litigiosidade no Brasil?*” Para a grande maioria, 80%, foram três os itens, que merecem atenção:

- *Cultura do litígio, trabalhar lubrificação das soluções extrajudiciais*
- *Ineficiência das agências reguladoras; e*
- *Amplificação da assistência judiciária gratuita.*

Com relação à fundamentação das decisões judiciais, o tema sai dos precedentes, da temática jurídica, para ir para um tema quase que filosófico. Perguntou-se aos juizes: “*Os precedentes ou a jurisprudência, são importantes na sua decisão?*” 52% entendem que o juiz não deve se pautar pela jurisprudência. E dizem mais, que súmulas e precedentes vinculantes afetam a independência do juiz. Mas, paradoxalmente, na questão seguinte, a questão 56, 90% responderam: “*eu acho que os precedentes, que o sistema de súmulas e precedentes vinculantes garantem maior velocidade e segurança jurídica à atividade jurisdicional e, portanto, maior racionalização do Judiciário*”. É quase um pouco de esquizofrenia, porque o juiz diz “*fere a minha independência*”, “*eu acho que eu não devo me pautar por ele*”; porém, a grande maioria, 90% diz “*acelera sim o julgamento*”, “*confere segurança jurídica*”. Ou seja, é necessário trabalhar isso com





os juízes, explicar: a razão de ser de cada precedente; de que não adianta contrariar, porque vai por reclamação, chega lá ao Tribunal; que ele racionaliza; que isso confere segurança jurídica, porque está entronizado, introjetado pelos juízes. Ainda quanto à fundamentação, essa resposta explica um pouco daquilo que se discutiu aqui, e não é por outra razão, que tem o nome de “escolhas trágicas”, porque são princípios constitucionais em que o juiz às vezes é chamado a decidir, por exemplo, quem vai sair da Unidade de Terapia Intensiva.

Percebe-se que o problema está na extensão dos princípios de direitos que a Constituição confere quando se trata de saúde, especialmente a saúde pública, em que as pesquisas mostram que um só medicamento que se defere a uma só pessoa acaba com, praticamente, o orçamento da área, mas se não der aquele medicamento para aquela pessoa, ela morre. Ora, “escolhas trágicas”. Como fazer para equilibrar isso? Nem só a razão, nem só a emoção. É preciso encontrar pontos de equilíbrio.

Então, quando se perguntou para o juiz: *“O Magistrado deve aplicar os princípios constitucionais para fundamentar decisões a respeito de temas sobre os quais não há legislação específica?”*. Quase 100% deles disseram “sim”. E, na sequência: *“É legítimo ao Magistrado se basear em princípios constitucionais para compelir os demais Poderes a assegurar a efetividade de direitos, em especial quanto à saúde, educação e segurança?”* Quase 90% deles disseram “sim”.

Ainda quanto à fundamentação das decisões judiciais: *“No caso de limite de temas sensíveis para a sociedade, sobre os quais não se constitui uma maioria parlamentar, o Poder Judiciário pode exercer um papel criativo na produção de normas, a fim de atender os anseios da coletividade?”*. Aqui temos a ideia institucionalizada do juiz. Ele diz, *“Não, eu não concordo com essa posição”*, e 17% disseram: *“Concordo muito com essa afirmação”*. A grande maioria diz: *“eu não posso criar”*, *“Eu não posso ter papel criativo onde não se estabeleceu norma para essa matéria”*.

Então, nós precisamos pensar um pouco o que essa pesquisa refletiu para nós. O juiz é aquele que está lá na ponta, ele lida diretamente com o problema. A opinião dele, no sistema de justiça, tem de ter um peso, assim como os advogados, os operadores, o Ministério Público, mas o juiz está vivenciando o problema lá na ponta. Ainda quanto à fundamentação, um avanço da pesquisa anterior, que perguntava sobre a maioria parlamentar para o magistrado interpretar ou criar a lei, a norma, aí acrescentaram um ponto: *“Desde que leve em conta as consequências de sua decisão, de acordo com o ideal comum, do bem comum”*. O juiz tem por base as consequências da sua decisão, tanto que mudaram a pergunta, e 70% deles responderam *“Sim, se levar em conta as consequências, eu vou ponderar valores”*. *“Eu vou ponderar no caso concreto.”*



A pesquisa do Werneck revela também um aspecto da própria saúde dos magistrados. São perguntas protocolares da pesquisa, para entender o funcionamento da categoria. Por exemplo, eles, como juízes, dividem o seu tempo: atendimento a advogados, estudos, audiências, e assim por diante. *“Você percebe se atualmente você está mais estressado do que no passado?”* Quase 100% deles disseram *“sim”*. *“Qual é a percepção acerca da sua vida para os casos de depressão, síndrome do pânico, crise de ansiedade e até suicídio?”* Aumentou o número de suicídio entre os magistrados. 95% concordam com essa afirmação, diante dessa avalanche de processos. Então nós não temos de fazer só o dever de casa em razão do entupimento da máquina, mas é desumano, em termos de prosseguir nisso, nessa escalada. *“Qual é a percepção que você tem acerca da sua vida, o aumento da litigiosidade na sociedade brasileira e a consequente ampliação da atividade dos Magistrados. Isso exige uma política voltada para a saúde do magistrado?”* 100% praticamente de concordância com esse tema. E a indagação: *“Precisou já, alguma vez, de intervenção psicológica, psiquiátrica, por problema emocional ou psíquico, após ingressar na Magistratura?”*, metade da nossa população.

Nesse contexto, voltamos para a questão dos precedentes. Nos Estados Unidos, como todo sabemos, no sistema *common law* vigora o precedente para orientação das decisões judiciais, então os juízes dificilmente criam artificialmente direitos. Por quê? Estão jungidos aos precedentes. Se não buscarem um precedente para fundamentar a sua decisão, respeitam as regras do julgado e têm precedentes, pela tradição do Direito norte-americano, de que são garantidores de cumprimento de contrato, isso já está preestabelecido na sociedade. É cultural. Aqui no Brasil, o que é que ocorre? É um cipoal de legislação federal interpretada por um sem número de juízes e tribunais. Se não houver precedente vinculante em vários temas, o resultado é caótico! Cada um interpreta de um jeito. Então, volto para a importância, no cenário de segurança jurídica, de se cumprirem precedentes.

Esse cenário se amplia ainda mais no âmbito internacional. O que está ocorrendo hoje no mundo inteiro? Cada vez mais um vocabulário que expressa o conceito de “transnacionalidade”, “pós-nacional”, “mundo globalizado”, “mundo cosmopolita”, “mundo sem fronteiras”. É uma nova e inegável ordem. Na revolução da comunicação, estamos vivendo uma nova era. Um artigo do professor Pablo Holmes invoca grandes constitucionalistas, sociólogos, pensadores, para dizer que estamos vivenciando novas ordens jurídicas e políticas, para além do Estado. Nesse contexto de transformação, em que se fala mais em governança do que em governo, surge essa ordem espontânea, formada a partir de atores privados, com práticas contratuais próprias, a qual não se conforma mais com o Judiciário atulhado, resolvendo os seus problemas. Estes se solucionam por corporações, por mecanismos próprios. Essa é uma tendência, não pela ineficiência, ou não, mas porque vivemos um mundo diferente.



Alguns juristas alemães estudam solução de problemas sem a atuação estatal. Como se dará a autorregulação das criptomoedas? Como é a autorregulação dos sistemas de *compliance* de empresas? O jurista Klaus Günther cita a justiça desportiva como exemplo de atuação das Câmaras de Arbitragem e Mediação para soluções extrajudiciais no setor. E hoje se fala em *lex mercatoria*, justiça desportiva, *lex digitalis*, o “*whycan’t*”, as regras de etiqueta da *internet*, a *Lex Humana*. Então já se fala em um mundo completamente diferente, desafiando modelos e programas de soluções de disputas nessa sociedade pós-moderna.

Já há uma discussão judicializada, porque aqui tudo é judicilizado, se há obrigatoriedade de implementação dessas soluções públicas e privadas, de métodos alternativos, diante do que dispõe o artigo 4º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor. A empresa é obrigada a adotar políticas de soluções extrajudiciais? O poder público tem de adotar política pública nessa área?

Uma notícia da “Folha de S. Paulo” indica que, de 2011 para 2019, houve um salto de 258 processos para 2.250, no setor de planos de saúde, com ações de descumprimento de contrato, aumento abusivo, exclusão de cobertura, negativa de tratamento. A criação dos Núcleos de Apoio Técnico (NATs), que fornecem informações técnicas aos magistrados, vem resolvendo muitas situações na área da saúde.

Podemos citar três casos de atuação dos Núcleos de Apoio Técnico (NATs). O primeiro foi o caso do medicamento *off label*, que é aquele autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), mas que o médico prescreve não para o fim que consta da bula, mas para outro que entende ter solução terapêutica. Não estamos falando de medicamento proibido pelo órgão fiscalizador, mas sim de procedimento autorizado. Exemplo clássico que a doutrina dá é a *novalgina*, medicamento para uma finalidade, e que serve para o controle coronário, coronariano. E tantos outros. Então discute-se essa questão, se efetivamente a prescrição poderia ser para um medicamento fora da bula. Nesse caso, atua o Núcleo de Apoio Técnico, e ficou constando desse precedente que não basta só a prescrição médica. O juiz, para poder conceder o medicamento, que aí entendemos que não estava fora do rol, deveria ter cobertura, e este Núcleo pode fazer a fiscalização e fornecer os subsídios ao magistrado, indicando se aquela recomendação é mesmo segura, ou não.

Em um caso que nós julgamos, havia um aumento de custeio, provado atuarialmente, num plano de autogestão, e aí se discutiu se esse preço poderia, dentro da reestruturação, ser repassado aos participantes do plano, conforme apontado em nota técnica da própria Agência Nacional de Saúde, e se isso representaria alguma violação, porque haveria alteração de precificação por faixa etária. Percebemos que se não autorizássemos esse reajuste haveria perda para todo o conjunto do plano, por isso,



concordamos com essa reestruturação, dissemos ser ela possível se baseada em um plano atuarial, com nota técnica do órgão regulador. Precedente bastante interessante.

O caso do Recurso Especial nº 1.733.013 foi uma discussão em vários tribunais sobre rol taxativo, ou não, de tratamentos pela Agência Nacional de Saúde. E são múltiplas as questões que surgem: tratamento para fertilização, para doenças mais graves, são inúmeros os casos. Então resolvemos afetar primeiramente para julgamento na Quarta Turma, e abrir para participação de *amicus curiae*. Se esse rol de procedimentos é exemplificativo ou taxativo, se deve prevalecer a indicação do médico, assistente do beneficiário do plano de saúde, ou, se há hipótese em que a recusa ao custeio de determinado procedimento ou medicamento é legítimo, e se essa recusa, sendo legítima, caracteriza, ou não, dano moral. São pontos que precisam ser meditados. Talvez, se estivéssemos noutra cultura... Outro dia, em conversa com o ministro Antônio Saldanha, que tem larga experiência nesse assunto e foi gestor do nosso plano de saúde do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ele me dizia que foi visitar o sistema de saúde em Londres, e lá o gestor inglês informou que existe uma tabela.

E ele perguntou:

– Bom, mas e se a doença recomendar um tratamento fora da tabela?

Aí o gestor disse:

– Bom, se for fora da tabela, nós não vamos cobrir.

– Mas e se a parte interessada recorrer ao Judiciário para poder ter o tratamento?

Disse que o gestor olhou para ele e respondeu:

– Impossível. Não vai recorrer ao Judiciário porque sabe o que está na tabela. Tem de ser o da tabela.

Isso quer dizer que o problema é cultural. Há soluções extrajudiciais, há *ombudsman* que funciona na saúde pública, na saúde privada.

Finalizando, todos nós que participamos desse sistema, precisamos encontrar saídas. Não adianta sentarmos, lamentarmos o processo de judicialização nem o que o juiz concede, ou não, fora do contrato. Tudo isso é passível de uma boa discussão jurídica, com posições a favor ou contra. Precisamos sair desse atoleiro em que estamos hoje. Uma boa iniciativa é essa obra do Copedem, para discutirmos alternativas a essas soluções.





JUSTIÇA E DIREITO À SAÚDE: A ATUAÇÃO DO FÓRUM DA SAÚDE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA EM PROL DA JUDICIALIZAÇÃO QUALIFICADA

ARNALDO HOSSEPIAN S. L. JUNIOR

Arnaldo Hossepian S. L. Junior

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Especialista pela mesma Instituição de Ensino; Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professor da Faculdade de Direito da Fundação Armando Alvares Penteado, SP; é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo; atualmente é o SubProcurador- Geral de Justiça Institucional, biênio abril2020/abril2022; ex-Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça, na cadeira destinada ao Ministério Público Brasileiro, por dois mandatos, set/15 a out/19 desde 2019. Foi Supervisor do Fórum da Saúde do Conselho Nacional de Justiça entre fev/16 a out/19; Membro do Comitê Nacional do Fórum da Saúde do CNJ desde outubro de 2019. Contato: arnaldolima@mosp.mp.br

O artigo aborda a atuação do Poder Judiciário com relação à Judicialização da Saúde, tendo como perspectiva a conformação dada ao direito à saúde pela Constituição Federal, de 1988. O Fórum da Saúde do Conselho Nacional de Justiça apresenta, ainda, os fatos que inspiraram a sua criação, a sua vinculação ao texto constitucional, os projetos e políticas realizados e em desenvolvimento, bem como a realidade que motiva os trabalhos futuros.





Introdução

A assistência à saúde de qualidade segue entre os principais anseios do cidadão brasileiro. Três décadas após a promulgação da Constituição, os inúmeros obstáculos ainda existentes trazem a tais anseios tons de preocupação para as pessoas e de desafio para as instituições.

O desafio institucional de organizar o Sistema de Saúde brasileiro e ofertar, no tempo certo e modo adequado, os serviços que a população necessita foi missão assumida, ao longo do século XX, pelo Poder Legislativo e, especialmente, pelo Poder Executivo. Diversas foram as iniciativas que moldaram as ações e serviços de saúde nacionais que culminaram, em 1988, na consagração do texto constitucional de direito à saúde, de caráter universal e igualitário. A formatação de direito social nesses moldes não tardaria a convidar o Poder Judiciário a compartilhar da responsabilidade de transformar em realidade o plano constitucional que prevê o direito de acesso à saúde para cada um dos brasileiros, mas também o instrumento de realização: o Sistema Único de Saúde (SUS).

A interface entre direito e saúde ganhou notoriedade, a partir dos anos 2000, com o crescimento acentuado de demandas judiciais por acesso à saúde, seja no âmbito do Sistema Único de Saúde, seja na seara da saúde suplementar. A Judicialização da Saúde estimulou o debate entre as instituições dotadas da missão de prover saúde e o Sistema de Justiça. Mais que isso, tornou impositiva a tarefa de imaginar e organizar novos arranjos institucionais para que a atuação do Sistema de Justiça garanta o direito dos indivíduos ao tempo em que colabora para o desenvolvimento do Sistema de Saúde.

A Reforma Sanitária brasileira, realizada na década de 1980², constitui forte movimento que traz para o campo da saúde práticas mais democráticas e de valorização de acepção mais ampla de cidadania³. A democracia constituía ideia-força da reforma, tanto que Jairnilson Paim a define como uma reforma social centrada nos elementos da democratização da saúde, da democratização do Estado e da democratização da

² Vale registrar que, embora a Reforma Sanitária tenha se realizado na década de 1980, as ideias que a ela deram origem foram lançadas já na década anterior, notadamente com a criação do Cebes, em 1976, e da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco), em 1979. Nesse sentido, conferir: PAIM, J. S. **Reforma Sanitária Brasileira**: contribuição para a compreensão e crítica. Salvador: Edufba, 2013, pp. 171-172.

³ GERSCHMAN, S. **A Democracia Inconclusa**: um estudo da Reforma Sanitária Brasileira. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2004, p. 254.



sociedade⁴. Nos anos 1980, segmentos progressistas ganhavam força e se articulavam para aumentar a rede de proteção social. No campo da saúde, houve notável participação de movimentos sociais, comunidades eclesiais de base, intelectuais, profissionais de saúde, dentre outros. Tais atores sociais se engajaram em várias questões: crítica às condições de saúde das populações marginais em grandes metrópoles e dos grupos carentes de forma geral; crítica ao favorecimento do setor privado à custa dos recursos públicos; valorização da medicina comunitária; estímulo à participação social; efetiva universalização do acesso etc.⁵

A derrota institucional do regime militar e a instituição da “Nova República” inauguraram fase de otimismo para o movimento reformista, que avançou em um processo que pode ser ilustrado por alguns marcos centrais: a realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde, a instalação da Comissão Nacional de Reforma Sanitária (CNRS), a criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS) e o próprio processo constituinte⁶. O resultado formal desse processo foi o estabelecimento, na Constituição, de sistema avançado de Seguridade Social, que correspondia à expectativa que se criava em torno da nova política social – que era nada menos do que a efetiva transformação da realidade social brasileira⁷. A Constituição, de 1988, garantia, assim, o acesso à saúde como direito de cidadania, de forma que vários dos brasileiros que permaneciam à margem do sistema de saúde passaram a fazer jus a tal acesso, tornando o Sistema Único de Saúde “uma das maiores políticas de inclusão social da história do País”⁸.

Ao lado do importante avanço político está a inovação jurídica. Até aquele momento, conforme destacamos anteriormente, as Constituições brasileiras haviam se limitado a consagrar os arranjos institucionais e políticos então existentes na sociedade, ou simplesmente a nada disporem sobre saúde. Assim, embora o pensamento jurídico e os juristas tenham ajudado a moldar os rumos da sociedade e dos estados brasileiros, o direito constitucional estava limitado à descrição, a *posteriori*, dos arranjos institucionais encontrados na prática.

⁴ PAIM, J. S. **Reforma Sanitária Brasileira**: contribuição para a compreensão e crítica. Salvador: Edufba, 2013, p. 173.

⁵ GERSCHMAN, S., op. cit, pp. 254-255.

⁶ PAIM, J. S., op. cit, p. 172.

⁷ WERNECK VIANNA, M. L. T. **A americanização perversa da seguridade social no Brasil**: estratégias de bem-estar e políticas públicas. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 150.

⁸ VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, R. P. S..O direito à saúde no Brasil em tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado. **Revistas de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, v. 10, n. 3, Brasília: UnB, 2016, p. 6.



Nesse ponto, a Constituição, de 1988, desempenha, no campo da saúde, contribuição mais moderna: aponta novas possibilidades que as relações entre os cidadãos podem assumir ao verter as bases não apenas de um novo direito à saúde, de caráter verdadeiramente universal, mas também de uma instituição para concretizá-lo – o Sistema Único de Saúde –, a Constituição, de 1988, busca lançar mão do mais poderoso mecanismo de transformação social por meio do direito: o processo dialético que envolve “remodelar nossas instituições e práticas e reinterpretar nossos interesses e ideais”⁹. O direito constitucional brasileiro, no que toca à saúde, finalmente decide avançar, e não apenas aceitar o já existente. Consagra, então, a um só tempo, a saúde como direito fundamental e o Sistema Único de Saúde como garantia institucional fundamental¹⁰.

O ponto de vista privilegiado que o olhar retrospectivo oferece permite afirmar, três décadas depois de promulgada a Constituição Federal, de 1988, que o projeto progressista da Reforma Sanitária não alcançou seu pleno potencial. Não obstante tais limitações, é de fundamental importância o fato de esta ter introduzido no cenário político e jurídico democrático uma nova noção de direito social universal, compreendido como atributo da “cidadania sem qualificações”¹¹. A partir de então, a atuação estatal destinada à oferta dos serviços de saúde deixou de ser favor ou concessão, já que passou a representar a execução do dever do Estado correspondente ao direito de titularidade do cidadão. Com a aquisição de *status* de direito social a uma prestação, a saúde passa a ser exigível na condição de direito subjetivo e mesmo na esfera individual¹².

Assim, com base na Constituição e nas normas que ampliam o rol de comprometimento com direitos concretamente definidos, o plano da política ficou obrigado a executar as

⁹ UNGER, R. M. **The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task**. Cambridge/Londres: Verso, 2015, p. 12.

¹⁰ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de Brasil de 1988. In: COURTIS, C.; SANTAMARÍA, R. (Orgs.). **La Protección judicial de los derechos sociales**. Quito: Ministério de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 242, 258-259.

¹¹ FAVERET, P.; OLIVEIRA, P. J.. A Universalização Excludente: reflexões sobre as tendências do Sistema de Saúde. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 3, pp. 139-162, 1990, p. 139.

¹² SARLET, I. W.. Direitos Fundamentais a Prestações Sociais e Crise: Algumas Aproximações. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Editora UNOESC, Joaçaba, v. 16, n. 2, pp. 459-488, jul. dez. 2015, p. 461-2.



políticas públicas “com as quais se compromete por meio do processo legislativo”¹³. A proteção jurídico-constitucional dos direitos sociais ganhou relevância como instrumento para veicular reivindicações relativas à concepção das políticas públicas, bem como para exigir prestações específicas nas hipóteses em que as políticas estão ausentes, são insuficientes ou mesmo descumpridas. Tal proteção, assim utilizada, passou a proporcionar o “empoderamento” dos cidadãos no plano individual e no coletivo, ainda que a ação concreta exigida não se mostre idealmente a mais efetiva¹⁴.

Nesse contexto, a *judicialização das políticas públicas* também se consubstancia em instrumento da proteção do próprio regime democrático, que, conforme argumentamos, segue comprometido pelo “bloqueio” ao efetivo exercício da cidadania. Como destaca Ingo Sarlet, a proteção aos direitos sociais em sua condição subjetiva tem servido para “imprimir à noção de cidadania um novo contorno e conteúdo, potencialmente mais inclusivo e solidário”¹⁵.

É razoável afirmar que o movimento de intensa judicialização da saúde permanecerá sendo utilizado como instrumento de concretização do direito à saúde. Ademais, há amplo reconhecimento de que a atuação do Sistema de Justiça é instrumento legítimo para dar eficácia material ao direito à saúde, previsto na Constituição¹⁶, mas ela mesma não oferece os critérios para decidir os exatos contornos desse direito, tarefa que fica reservada aos órgãos políticos competentes para “definição das linhas gerais das políticas na esfera socioeconômica”¹⁷. Em decorrência disso, há acirrado e complexo debate em torno da determinação de qual conteúdo pode ser depreendido do texto constitucional e, por conseguinte, exigido por intermédio dos instrumentos jurídicos¹⁸.

Nesse contexto se insere a importante atuação do Conselho Nacional de Justiça na seara da saúde, questão central do presente artigo.

¹³ DUTRA, R.; CAMPOS, M. M.. Por uma sociologia sistêmica da gestão de políticas públicas. **Conexão Política**, Teresina, v. 2, n. 2, pp. 11-47, ago./dez., 2013, p. 34.

¹⁴ SARLET, I. W., op. cit., p. 483.

¹⁵ Ibidem, p. 483.

¹⁶ Exemplo: DALLARI, S. G. NUNES JÚNIOR, V. S. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 93.

¹⁷ SARLET, I. W.. Direitos Fundamentais a Prestações Sociais e Crise: Algumas Aproximações. In **Espaço Jurídico Journal of Law**, Editora UNOESC, Joaçaba, v. 16, n.2, p. 459-488, jul. dez. 2015, p. 471.

¹⁸ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F.. Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de Brasil, de 1988. In: COURTIS, C.; SANTAMARÍA, R. (Orgs.). **La Protección judicial de los derechos sociales**. Quito: Ministério de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 252.



O Conselho Nacional de Justiça na qualificação do exercício da Jurisdição em matéria de Saúde

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é principal fruto da Reforma do Poder Judiciário, que se efetivou por intermédio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004. A instituição conta com pouco mais de quinze anos de existência, tempo marcado por profundas mudanças no Poder Judiciário, resultado da atuação dessa jovem instituição, de composição heterogênea, pois, embora com proeminência de magistrados em sua composição, conta também com todos os demais personagens de sistema de Justiça – advogados e membros do Ministério Público.

Tendo como uma das missões, no nosso entender a principal, desenvolver políticas judiciárias que promovam a qualificação e efetividade da jurisdição, que é prestada por mais de 17.000 magistrados, quer da Justiça Comum, quer da Justiça Especializada, há de ser o Conselho Nacional de Justiça uma instituição de excelência, apta a efetuar o planejamento estratégico, governança e gestão do Poder Judiciário, sempre sob o olhar do Egrégio Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da estrutura do Poder Judiciário Pátrio. O Conselho se coloca, então, como o principal agente de promoção de políticas públicas para o Poder Judiciário.

Considerando-se o Poder Judiciário como o último refúgio de esperança para a busca da concretização dos direitos insculpidos na Constituição Federal, de 1988, emerge de forma cristalina o universo de ações que podem e devem ser desenvolvidas pelo Conselho Nacional de Justiça. Cabe a ele, ante a vasta gama de demandas que congestionam os Tribunais, buscar soluções que acelerem a entrega da prestação jurisdicional, criando ferramentas aptas a auxiliar o magistrado.

Como exemplo da atuação do Conselho Nacional de Justiça no desenvolvimento de políticas públicas, é forte o envolvimento do Colegiado na questão carcerária, na rede de proteção à mulher, na busca da conciliação como instrumento pacificador de conflitos de forma célere, sem aprofundar o congestionamento do Sistema de Justiça, na judicialização das questões da saúde, na redução do tempo de duração dos processos que apuram prática de crime de homicídio, entre tantas outras ações.

No que diz respeito ao sistema de saúde, o envolvimento do Conselho Nacional de Justiça neste tema vem desde 2009, quando constituiu grupo de trabalho (Portaria nº 650, de 20 de novembro daquele ano) para elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas referentes às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Em seguida, o Conselho Nacional de Justiça promoveu a edição da Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, que recomendou aos tribunais a adoção de medidas, com vista a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do



direito, para assegurar mais eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Pouco tempo depois, buscando uma atuação mais assertiva, o Conselho editou a Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.

Importante destacar que a edição de tais atos se deu em decorrência da Audiência Pública nº 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, em abril e maio de 2009, que ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde.

As manifestações registradas na referida Audiência Pública, além de subsídios para estudos por parte dos ministros da Suprema Corte, estimularam os diversos órgãos e entidades da União, em especial o próprio Conselho Nacional de Justiça, a uma atuação mais efetiva em tema tão árido, pois envolve o bem maior de qualquer indivíduo, qual seja, a saúde, e, por consequência, a vida.

Importante registrar que, desde a sua formação, o Fórum da Saúde do Conselho Nacional de Justiça é composto por magistrados, uma vez que destinatários imediatos das políticas por ele desenvolvidas, ouvindo, porém, a experiência de especialistas na área da saúde. Nesse espírito, participam igualmente do Fórum representantes do Conselho Nacional de Secretários de Estado de Saúde (CONASS), do Ministério da Saúde, do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS), da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), da Defensoria Pública e do Ministério Público.

A composição multifacetária do Fórum da Saúde, além de enriquecer as discussões sobre o tema, favoreceu a proposição e concretização de projetos. Fruto dessa interação, podemos destacar a proposição de normativos internos do próprio Conselho Nacional de Justiça, como a Recomendação nº 36, de 2011, destinada aos processos relativos à Saúde Suplementar; Recomendação nº 43, de 2013, que estabeleceu diretrizes aos tribunais com o fim de promover estudos para especialização de Varas; as Jornadas de Direito da Saúde, com a finalidade de discutir os problemas inerentes à judicialização da saúde, que resultou na aprovação de 68 enunciados interpretativos sobre o direito à saúde.

Avanços recentes do Fórum de Saúde do Conselho Nacional de Justiça

Merece destaque a edição da Resolução nº 238, de 2016, que determinou a criação de





Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NATJUS), bem como, e de forma imperativa, a especialização de varas em todos os tribunais. Outro avanço da referida Resolução foi o incremento da pluralidade dos atores institucionais que participam do Comitê Nacional. Tal avanço vem consolidar diretriz já traçada quando da renovação, em fevereiro de 2016, da composição do Comitê Nacional por intermédio da Portaria nº 8, de 2 de fevereiro de 2016, quando ele passou a contar com membros titulares oriundos do Ministério Público e da Defensoria Pública, algo até então inédito, além de ex-secretários de Estado e do Município, portanto, todos os personagens conhecedores das agruras vivenciadas pelo usuário do sistema de saúde e pela gestão pública.

No curso das reuniões que se desenvolveram ao longo do primeiro semestre de 2016, foi possível elaborar um projeto, hoje já implantado, denominado e-NatJus. A iniciativa vai ao encontro de importante questão que aflige tanto o usuário do sistema e o gestor público: a demanda judicial por tratamentos – fármacos, órteses, próteses e procedimentos – não incorporados pelo Sistema Único de Saúde, alguns nem mesmo com pedido de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Tais tratamentos, no entanto, são pleiteados, via demanda judicial, quase sempre pela via da cognição sumária, sem que o magistrado tenha à mão informação científica sobre a pertinência do que está sendo pedido, considerando-se o quadro clínico alegado pelo paciente.

Ante tal quadro, que tem se revelado o mais preocupante, pois desloca recurso do orçamento da saúde para rubrica extraordinária, trazendo, por consequência, desequilíbrio nas contas de área tão sensível, buscou-se construir ferramenta que pudesse, com rapidez, suprir o magistrado com informações técnicas aptas a embasar sua tomada de decisão em cada demanda. Com o e-NatJus, tal informação será veiculada por meio de notas técnicas.

Firmou-se, então, em setembro de 2016, Termo de Cooperação entre o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Saúde, com recursos do Programa de Desenvolvimento Institucional do Sistema Único de Saúde (Proadi-SUS), sendo o Hospital Sírio Libanês, de excelência, localizado na capital do estado de São Paulo, designado como parceiro essencial a essa cooperação. Iniciou-se, assim, a construção de sistema composto pelos Núcleos de Apoio Técnico de cada Tribunal, NatJus, com a tutoria, quando necessário, de 5 Núcleos de Avaliação de Tecnologia em Saúde do Sistema da Rede Brasileira de Avaliação de Tecnologia em Saúde (REBRATS), Portaria nº 2.915, de 2011, do Ministério da Saúde, selecionados pelos integrantes do Comitê Nacional do Conselho Nacional de Justiça. Dessa forma, cria-se um banco de dados nacional de notas técnicas, com acesso por todos os magistrados.



O projeto foi desenvolvido tendo como premissas: i) descentralizar a elaboração de Notas Técnicas (NT) e Pareceres Técnico-Científicos (PTCs) por Núcleos de Avaliação de Tecnologias em Saúde (NATS) para atender aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais e disseminá-los em forma de um banco de dados; ii) evitar o conflito de opiniões entre diferentes NatJus, estabelecendo uma ferramenta para sistematizar as Notas Técnicas e os Pareceres Técnico-Científicos antes de disponibilizá-los para consultas externas por outros Tribunais; iii) dispor de uma fonte de dados que possa demonstrar qualiquantitativamente as ações judiciais relativas a medicamentos e Órteses, Próteses e Materiais Especiais (OPME); iv) evitar a incorporação acrítica, prestigiando o que determina a Lei nº 12.401, de 2011, e os Decretos nºs 7.646 e 7.508, ambos de 2011, de forma que as demandas por novas tecnologias – procedimento, medicamento, insumo ou produto para a saúde – deverão ser encaminhadas para a avaliação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC); v) incentivar os mecanismos de conciliação envolvendo gestores do sistema de saúde e partes nas questões relacionadas à gestão e infraestrutura.

O referido banco é administrado pelo Conselho Nacional de Justiça, e nele são lançadas as notas técnicas elaboradas pelos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário de cada um dos Comitês Estaduais (NatJus), além de pareceres técnicos científicos de temas complexos e recorrentes nas demandas ajuizadas, conforme orientação dos Comitês Estaduais, tendo em vista a realidade vivenciada em cada uma das regiões do País. Hoje, julho de 2020, já são 80 Pareceres Técnico-Científicos disponibilizados no banco de dados.

Vale registrar que tal projeto, inspirado pelo paradigma científico da medicina baseada em evidências, está orientado à racionalização do uso dos recursos orçamentários e da oferta dos serviços de saúde.

O projeto foi efetivamente inaugurado em 21 de novembro de 2017, e conta com um curso de capacitação, ministrado sob a Coordenação do Hospital Sírio Libanês, para todos os núcleos técnicos dos Comitês/Tribunais, bem como para os magistrados interessados, tudo procurando atualizar o corpo técnico do Judiciário com as melhores práticas para construção de notas técnicas que forneçam suporte à avaliação das demandas judiciais.

Considerando-se os diferentes estágios de atuação e diversos graus de conhecimento dos profissionais atuantes nos NatJus sobre a temática da Avaliação em Tecnologias de Saúde, a referida capacitação usará estratégias de aprendizagem em problemas sobre a avaliação da evidência, e formação com metodologia de ensino à distância, com tutoria de profissionais especialistas.





Durante o referido curso, são abordados os seguintes temas: Política e Gestão de Sistemas Públicos de Saúde, Bases de Dados e Sistemas de Informações do Sistema Único de Saúde, Métodos em Avaliação em Tecnologias de Saúde, Custos e Preços na Saúde, Economia da Saúde, Incorporação de Tecnologias no Brasil.

A iniciativa conta, ainda, com a disponibilização, para cada Comitê, de assinatura de biblioteca internacional especializada em estudos de novas tecnologias na área da saúde. Outro trabalho de suma importância realizado pelo Comitê Nacional do Fórum da Saúde é o de conscientização, juntamente com a administração superior de cada um dos tribunais de justiça e tribunais regionais federais, da importância de se fortalecerem as estruturas dos Comitês Estaduais e dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NatJus), nos moldes propugnados pela Resolução nº 238.

Preocupado em suprir as demandas de urgência, na perspectiva do conceito de urgência em Medicina, bem como amparar os NatJus dos Comitês Estaduais quando necessário, o Conselho Nacional de Justiça firmou um segundo Termo de Cooperação com o Ministério da Saúde, em dezembro de 2018, também com recursos do Programa de Desenvolvimento Institucional do Sistema Único de Saúde (Proadi-SUS), sendo o Hospital Israelita Albert Einstein, de excelência, localizado na capital do estado de São Paulo, designado como parceiro essencial a essa cooperação, que consiste na construção e manutenção do NatJus Nacional, que pode ser acionado, por qualquer Juízo de Direito, Estadual ou Federal, para a elaboração de notas técnicas sobre demandas ajuizadas, com pedidos de liminares, na área de Saúde Pública, 7 dias por semana, 24 horas por dia.

Todas as Notas Técnicas elaboradas pelos NatJus Estaduais, bem como pelo NatJus Nacional, ficam depositadas na base de dados do Conselho Nacional de Justiça, e a consulta é aberta para todos os operadores do Direito.

Além da qualificação das decisões nas demandas já ajuizadas, procurando também buscar soluções pela via dialógica, o Conselho Nacional de Justiça, por intermédio da Resolução nº 238, estabeleceu que cada Comitê Estadual, nas 27 unidades da federação, é o espaço adequado para a interlocução de todos os agentes envolvidos na questão da judicialização da saúde, buscando solução das questões afetas à saúde estruturante, aquela que deve ser prestada pelo Sistema Único de Saúde, pois se refere ao que está incorporado no Sistema Público, mas não é oferecido de forma adequada e cidadã. Enfim, conhecer e disseminar as práticas de resolução extrajudicial dos conflitos, de forma a estimular a adoção de inovações institucionais, pela via consensual, entre o usuário e o poder público, observadas as peculiaridades dos contextos locais.





Anote-se, por relevante, que, em dezembro de 2017, sempre com a intenção de conhecer as preocupações que angustiam a sociedade civil, o Conselho Nacional de Justiça realizou audiência pública, quando foi possível ouvir usuários do sistema, gestores públicos, magistrados, advogados e mesmo representantes dos laboratórios de medicamentos. A audiência foi organizada com a intenção de subsidiar novas ações no âmbito do Sistema de Justiça, que tem o Conselho Nacional de Justiça como o grande maestro na construção e desenvolvimento de políticas públicas em prol de um Poder Judiciário cada vez mais conectado com a busca da consagração dos direitos sociais insculpidos na Carta Magna, de 1988.

O ineditismo do projeto e-NatJus do Conselho Nacional de Justiça despertou interesse também da comunidade internacional. Por conta disso, o Fórum da Saúde foi convidado para participar em Boston/EUA, da “Brazil Conference, abril de 2017”, organizada pelas Universidades de Harvard e MIT; em Nova York/USA, no Seminário “Law and Economics”, organizado pela Universidade de Columbia, reflexo da boa iniciativa de enfrentamento aos problemas concernentes à judicialização da saúde, em outubro de 2017; na Orphan Drug Congress, Maryland, USA, em abril de 2018; em Montevideo/Uruguai, no “7° Encuentro Regional sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud”, em setembro de 2018; A Sustentabilidade dos Sistemas de Saúde na América Latina, em Bogotá; Audiência Pública sobre a Sentença T-760, na Corte Constitucional da República da Colômbia, em dezembro de 2018.

Conclusão

O momento de restrições orçamentárias, seja no Poder Judiciário, seja nos demais poderes da República, deve impulsionar os agentes públicos a buscarem soluções que possam priorizar os serviços mais necessários à população, dentre os quais se destaca o da saúde.

Nessa seara, as novas tecnologias se expandem em elevada velocidade. Todos os dias as pesquisas científicas nos trazem novos medicamentos e procedimentos. Por isso, quanto mais ferramentas dispuser o magistrado para auxiliá-lo na análise dos pedidos que lhes sejam apresentados, mais próximo do ideal de justiça estará a decisão. Tal ideal de justiça, registre-se, deve se orientar tanto em prol do paciente que busca a cura ou melhor qualidade de vida quanto do correto trato do orçamento público, pois se saúde é um direito individual, e os tribunais superiores assim já decidiram, também é um direito coletivo. Portanto, a questão orçamentária há de ser cuidada em prol do conjunto dos usuários do sistema.

Nesse contexto, o fórum do Conselho Nacional de Justiça quer contribuir com a construção de critérios que orientem o exercício da atividade jurisdicional para evitar que





a legítima intenção de concretizar o direito dos cidadãos à saúde acarrete a desestruturação do sistema, público ou mesmo privado. Tais critérios devem, portanto, auxiliar juízes a identificar e acolher demandas legítimas e a rejeitar demandas abusivas. Dessa forma, pode-se melhor aproveitar o potencial do direito para proporcionar acesso efetivo do cidadão aos serviços de saúde de qualidade, ao mesmo tempo em que se estimula o sistema de saúde a corrigir omissões e atualizar políticas públicas.

Defendemos que a judicialização da saúde não é um mal que deve ser combatido, mas deve ser qualificada. A preocupação do Fórum está no combate à má judicialização, aquela que objetiva o ganho fácil, a atuação de cartéis, e até o envolvimento de profissionais mal-intencionados.

Dados do Ministério da Saúde apontam que foram gastos, em 2017, mais de 7 bilhões de reais, em todo o Brasil, com atendimentos de ordens judiciais. Sabemos que o orçamento possui restrições e, portanto, há de ser gasto de forma criteriosa. Assim, a possibilidade de o magistrado, ao se deparar com um pedido que procura nova tecnologia ainda não incorporada no Sistema Único de Saúde, buscar, de forma sistematizada, informação técnica e confiável para orientar sua decisão, sem dúvida representará avanço em prol de toda a sociedade.

Há conjunto de arranjos possíveis que temos de discutir para a melhoria do sistema de saúde; um deles é, certamente, a intervenção do Judiciário na área da saúde. Compreender as propostas do Sistema Único de Saúde como um comando de “tudo para todos”, parece de difícil concretização política e econômica. Aliás, nenhum país desenvolvido, ou não, estruturou seu sistema de saúde em tal premissa.

Apesar de suas contingências, o Sistema Único de Saúde é política pública social muito bem-sucedida. Sem ele, estaríamos numa situação de barbárie social, em que cada um teria a saúde que pudesse pagar no mercado. Os demais países olham o Brasil como a experiência mais interessante das últimas décadas. A melhora nos indicadores de saúde é impressionante: expectativa de vida ao nascer, mortalidade infantil, controle de doenças infectocontagiosas, redução da mortalidade de doenças crônicas. O Brasil é, por exemplo, o país onde mais transplantes de órgãos são feitos, depois dos Estados Unidos.

Em que pese ao constrangimento orçamentário já conhecido – lembrando que a maior parte do financiamento do sistema é oriunda do capital privado –, o fato é que o Sistema Único de Saúde representou um avanço. E cabe ao Poder Judiciário ajudar na melhoria desse sistema, contribuindo para sua estruturação. Isso é possível por meio da boa judicialização, aquela que delibera de forma qualificada, bem como pela constante interlocução entre os agentes do Sistema de Saúde e do Sistema de Justiça, tendo como





objetivo cuidar do usuário, mas também em preservar o orçamento, já tão insuficiente para o tamanho das necessidades.





ALGUMAS LIÇÕES ECONÔMICAS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

LUCIANA YEUNG

Luciana Yeung

Professora pesquisadora e Coordenadora do Núcleo de Análise Econômica do Direito do Insuper. Doutora em Economia pela Fundação Getúlio Vargas, Mestre em Economia e em Relações Trabalhista pela University of Wisconsin-Madison (EUA), Bacharel em Economia pela Universidade de São Paulo. Fundadora e Ex-Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE), Diretora da Associação Latino-Americana e Ibérica de Direito e Economia (ALACDE) em 2020 e 2021.



1 - Introdução

A judicialização da saúde é um fenômeno multifacetado, que exige uma abordagem aprofundada e multidisciplinar. É marcada por uma densa rede de conexões e está inserida em um contexto institucional complexo, marcada por forte regulação e intensos conflitos derivados das relações jurídicas e econômicas. Como evidência das dificuldades de sua análise, mas, ao mesmo tempo, da extrema necessidade de se encontrarem soluções para ela, tem-se a abundante literatura de trabalhos acadêmicos e aplicados sobre o tema – artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado e, ao menos, dois projetos de pesquisas promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹. Pode-se dizer, sem sombra de dúvida, que se trata de um dos temas mais espinhosos relacionados ao papel da regulação – pelo Executivo, Legislativo e Judiciário – na atual sociedade brasileira.

O presente capítulo tem como objetivo trazer algumas lições básicas, mas cruciais, para melhor compreendê-la.

2 - Os Agentes Reagem a Incentivos

A ciência econômica, apesar de sua grande capacidade analítica, explicativa e preditiva, é baseada em não mais do que meia dúzia de princípios básicos. Contudo, poucos são aqueles que os conhecem de maneira adequada.

Um dos princípios básicos (e na visão desta autora, o mais poderoso deles) é que os agentes reagem a incentivos. A frase é reconhecida por muitos, mas compreendida por poucos. Por agente, entende-se todo indivíduo ou grupos de indivíduos, em quaisquer circunstâncias da vida, sejam relacionadas a questões mercadológicas, ou não.

Mas a maior fonte de confusão está na segunda parte. O que são, afinal, os “incentivos”? Na economia clássica, incentivos são normalmente de natureza financeira: preços, custos, lucros etc. Então, seria trivial entender que “os indivíduos reagem a incentivos”: empresários reagem aos lucros que podem auferir, fábricas

¹ “Judicialização da saúde no Brasil: Dados e experiências” (Sumário Executivo) (2015). **Justiça Pesquisa**. Brasília: Conselho Nacional da Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/4292ed5b6a888bdcac178d51740f4066.pdf> e “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução” (Sumário Executivo) (2019). **Justiça Pesquisa**. Brasília: Conselho Nacional da Justiça e Insper Instituto de Ensino e Pesquisa. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>



reagem aos custos de sua produção, consumidores reagem aos preços dos produtos almejados. Mas isso pouco importa em um contexto de Análise Econômica do Direito (AED), que é o enfoque neste trabalho.

Na perspectiva da Análise Econômica do Direito, os mais importantes incentivos em uma sociedade são as instituições vigentes. As leis, as normas, todo o conjunto de regulamentações de um país, a jurisprudência – esses são incentivos dos mais importantes, aos quais todos os agentes reagem.

Essa ideia foi explicitamente abordada por diversos grandes nomes da ciência econômica e da Análise Econômica do Direito. Douglass North, Prêmio Nobel, em 1993, explica que instituições como o Judiciário criam incentivos diversos sobre os agentes em sociedade. Segundo o autor,

“Instituições são as regras do jogo na sociedade ou, mais formalmente, são as coações criadas pelo homem que moldam a interação humana. Consequentemente elas estruturam os incentivos das trocas humanas, quer políticas, sociais ou econômicas. [...] Elas reduzem incertezas ao prover a estrutura para a vida do dia a dia. São um guia para a interação humana [...] No jargão dos economistas, instituições definem e limitam o leque de escolhas dos indivíduos [...] Instituições incluem qualquer forma de coação que seres humanos criam para moldar a interação humana” (North, 1990, pp.3-4, tradução livre).

Nesse sentido, o Direito pode ser visto como uma das instituições que possui posição de proeminência em termos de influências sobre o comportamento humano em sociedade e, por consequência, também sobre as demais instituições, por exemplo, o Poder Judiciário.

Como isso afeta a dinâmica e os resultados da judicialização, e, no caso específico, da judicialização da saúde? Ora, é preciso entender que decisões judiciais que interferem e extrapolam uma compreensão razoável das regras pré-determinadas do jogo geram efeitos contra os quais não há possibilidade de antecipação. Todas as vezes que a atividade regulatória e/ou jurisdicional é criada alterando um prévio *status quo* consolidado, os incentivos aos agentes também são alterados. A direção da mudança pode ser, ou não, prevista, pode, ou não, ir à direção que o decisor público almejava. Portanto, é preciso cuidado e sabedoria para antecipar as reações que cada tipo de incentivo gerará.

Veremos mais à frente que é pela incapacidade (ou inabilidade) de prever a reação dos



agentes que, muitas vezes, o Direito acaba criando resultados contrários aos almejados pelos seus decisores e julgadores.

3 - Consequencialismo das Normas e Decisões Judiciais (“para cada ação, uma reação”)

Como resultado do princípio de que os agentes reagem a incentivos, há uma previsão da ciência econômica que é espelhada em princípios da Física: para cada ação (representada por uma força original), existirá uma reação. Dado que os principais incentivos em ambientes sociais modernos são as instituições legais, isso quer dizer que, para cada regra legal criada ou modificada (ou eliminada), haverá uma reação dos agentes que se defrontam a essa mudança institucional. Em outras palavras, o agente legal que altera uma regra, mesmo não tendo a intenção, irá perturbar o *status quo* no ambiente institucional. Isso ocorre porque, naturalmente, cidadãos e organizações reagirão a essa mudança.

Então, enquanto os juristas debatem longamente se as decisões judiciais deveriam, ou *não deveriam* se preocupar com as consequências, economistas e *juseconomistas* afirmam categórica e positivamente que as mudanças institucionais na esfera do Direito *têm consequências*, esperadas, ou não, quer se goste, ou não.

Para a Economia, o consequencialismo é manifestado pela presença de externalidades (positivas ou negativas), ou seja, pelos benefícios ou custos criados para partes terceiras na sociedade. Então, antever quais seriam as consequências indiretas das decisões tomadas por um agente sobre os outros é de extrema importância. Em uma perspectiva da análise econômica do direito, é bastante claro que as decisões judiciais geram consequências, e é crucial levá-las em consideração. Coase (1960), em seu famoso artigo e teorema, foi um dos primeiros a mostrar que o Direito e, mais especificamente, as decisões judiciais afetam a economia.

Especificamente no caso da judicialização da saúde, quando as decisões judiciais fazem a concessão de direitos e benefícios não antecipados aos pacientes, isso pode gerar impactos no sistema de saúde público e/ou nas operadoras de planos de saúde que levem a consequências que não são necessariamente aquelas objetivadas pelo formulador de políticas públicas. Um exemplo bastante concreto é a concessão de coberturas não previstas inicialmente pelo Sistema Único de Saúde ou pelo contrato de plano de saúde. Isso leva a aumento dos custos e, conseqüentemente, repercutirá na cadeia de segurados e na sociedade. Uma das consequências mais imediatas em situações como essas é o aumento dos preços e/ou redução na qualidade dos serviços de saúde oferecidos; em outros casos, quando se tratar do mercado privado, a redução da oferta desses serviços também é previsível. Então, apesar de inicialmente a



concessão de direitos e benefícios almejar a proteção dos pacientes/consumidores, a consequência final é uma piora em suas situações. A isso, daremos o nome de “efeito bumerangue”, que será tratado mais adiante.

Vale lembrar: **quando sentença sobre um caso, o(a) magistrado(a) gerará impactos muito mais amplos do que aqueles que recaem diretamente sobre as partes em litígio que se colocam à sua frente.** Quando decide favoravelmente a um deles, gerará uma série de repercussões e, eventualmente, custos para outros. Isso é exatamente a criação de externalidades: custos não intencionais gerados para terceiros, como efeitos de segunda (ou terceira, ou quarta) ordem. Não é preciso muito para perceber que as decisões dos casos de judicialização da saúde, feitas nas cortes superiores, nos tribunais e nas varas, geram diversos desses efeitos na sociedade.

Usando uma analogia conhecida, é muito importante enxergar a floresta para além da árvore, pois uma ação sobre uma árvore poderá repercutir sobre toda a floresta. Mas diria além: é necessário enxergar o que pode ocorrer com a floresta ao longo do tempo, de maneira dinâmica. Tapar os olhos à floresta – ou seja, negar a existência das amplas consequências das decisões legais – não é razoável aos decisores de políticas públicas quando estão lidando com a realidade e com os complexos problemas postos.

4 - Não Existe Almoço Grátis (“quanto mais ‘direitos’, mais alta será a conta”)

Uma referenciada obra do Direito brasileiro, do jurista Flávio Galdino (2005), tem um curioso título: “Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores”. Infelizmente, poucos são os juristas, legisladores e decisores políticos que têm consciência disso.

É muito compreensível, nobre e magnificente defender a garantia de uma grande lista de direitos para todos. Afinal, quem poderia ser contra garantir comida, moradia, educação, saúde, lazer, cultura, descanso, renda, meio ambiente, recursos naturais, tecnologia... em quantidades ilimitadas e da melhor qualidade possível a todos os seres humanos da Terra? O problema ocorre quando alguém precisa pagar por todos esses direitos a outrem, além de pagar para si mesmo. A conta sempre existe, mesmo que ela não seja visível num primeiro momento, ou que demore um pouco para chegar. E, talvez, para espanto de alguns, não exista nenhum pagante chamado “Estado” ou “governo”: por trás da “miragem” do Estado estão milhões de pessoas, de carne e osso, até mesmo eu e você.

Não há nada mais certo do que o fato de que quanto mais “direitos” as leis de um país garantirem a seus cidadãos, mais eles terão de pagar de impostos e de outros encargos compulsórios, mais eles sofrerão no dia a dia com custos invisíveis que



pesam suas costas. Governo nenhum até hoje descobriu uma fórmula mágica de produzir dinheiro para pagar as contas dos seus orçamentos usados para custear os “direitos garantidos” pelas leis, por decisões judiciais ou decretos oficiais. Os direitos garantidos pela Constituição Federal, de 1988, são todos pagos pelos pagadores de impostos. Nenhum deles é gratuito. Não existe ensino público gratuito. Não existe serviço de saúde público gratuito. Não existe transporte público gratuito. Muito menos universidade pública gratuita. Eles custam muito caro a todos os pagadores de impostos. Não existe mágica: *a conta sempre chega*. Afirmar o contrário é, no mínimo, ter uma postura míope, ou uma postura negacionista. Na pior das hipóteses, reflete uma postura egoísta com relação às gerações futuras e/ou a qualquer outro grupo de pessoas que efetivamente vai pagar a conta. Clamar por mais e mais “direitos garantidos” não é uma postura nem racional, nem defensável, nem nobre.

Os “nobres” constituintes incluíram um extenso rol de direitos na Constituição, de 1988, entre eles, o “direito à saúde”. E, na interpretação do Direito brasileiro, isso poderia levar a uma conclusão fantástica, a de que todo cidadão brasileiro (e até mesmo estrangeiro em passagem pelo território brasileiro) tem direito *garantido* a qualquer tipo de serviço de saúde, de qualquer natureza, de maneira gratuita. Mesmo absurda, foram e ainda são incontáveis as decisões judiciais nesse sentido pelo Brasil afora. Não percebem os julgadores que, quando garantem tratamento “gratuito” a alguns, vários outros do lado de fora dos tribunais passam a pagar uma conta mais alta (é verdade que é muito cômodo aos julgadores, pois nos tribunais não se vê a cara desses últimos).

A judicialização da saúde (quando referente aos serviços de saúde pública) implica fazer os tribunais decidirem sobre o *trade-offs* entre garantir o direito individual à saúde para alguns, e garantir outras políticas públicas (educação, segurança, saneamento, transporte, saúde etc.) para outros. Ou se garante um, ou se garante outro. É impossível ter tudo ao mesmo tempo.

A ideia de *trade-offs* entre a destinação privada dos recursos públicos (ganhadores dos litígios de judicialização) e a destinação pública (para todo o restante da sociedade, na forma de políticas públicas alternativas) tem embasamento econômico e também suporte na doutrina jurídica. Ao discutir as políticas públicas em democracias modernas, Dalmo Dallari (2002) mostra que um dos dualismos fundamentais existentes é aquele que coloca em choque os interesses do indivíduo e os da coletividade:

“Reconhecendo o indivíduo como o valor mais alto, em função do qual existem a sociedade e o Estado, pode parecer natural dar-se preferência, invariavelmente, às necessidades individuais. É preciso ter em conta, no entanto, que o indivíduo



não existe isolado e que a coletividade é a soma dos indivíduos. Assim, não há de se anular o indivíduo dando precedência sistemática à coletividade, ***mas também será inadequada a preponderância automática do individual, pois ela poderá levar à satisfação de um indivíduo ou de apenas alguns, em detrimento das necessidades de muitos ou de quase todos, externadas sob a forma de interesse coletivo***” (p. 130, grifos nossos).

Pode-se dizer que nas vezes em que o Supremo Tribunal Federal, ou qualquer outro órgão judicial, manifestou que o direito à saúde não se subordina aos argumentos de limitação dos recursos públicos, o que se fez foi adotar uma perspectiva inteiramente centrada no indivíduo e recusar-se a adotar a perspectiva da coletividade. Wang (2013) mostra que tal posicionamento, que desconsidera explicitamente aspectos de escassez de recursos, *trade-offs* e custos de oportunidade das políticas e recursos públicos, é

“[i]nconsistente com a realidade de qualquer sistema de saúde no mundo. Não existe nenhum sistema de saúde – não importa o quão rico é o país ou o quão alto são os gastos por pessoa – é capaz de oferecer acesso ilimitado a todos os tratamentos que possam melhorar a condição de saúde de seus cidadãos” (p.79, tradução livre).

Ainda nas palavras do autor, os julgadores estão errados quando assumem haver um conflito entre o direito à saúde dos indivíduos em contraposição aos interesses orçamentários do Estado (e se posicionam favoráveis ao primeiro). O que existe é um conflito entre as necessidades de diferentes cidadãos que competem pelos recursos públicos: são uns contra outros (e não um contra o Estado). Assim, nos casos de judicialização da saúde, os tribunais estão invariavelmente decidindo a favor de alguns indivíduos à custa de outros. A pergunta crucial é: Quem favorecer e quem desfavorecer? Ou em outros termos: Quem será o responsável a pagar a conta? Porque é certo que *alguém* vai pagar a conta (e não é o Estado, porque, como já discutido anteriormente, este ente não existe como pagador de contas...).

Ronald Coase já discutia esta questão, no aludido e célebre artigo de 1960. Em seus termos, ao juiz caberá decidir se autoriza “A” a causar dano em “B”, ou se permite “B” causar dano em “A”. Será impossível dar ganho para uma das partes, sem prejudicar a outra. Nos casos da judicialização da saúde, de maneira mais *concerta*, o que será julgado é se o litigante que traz o caso ao Judiciário deve ser beneficiado à custa dos outros indivíduos. Ou, alternativamente, se o litigante deve ser prejudicado para beneficiar os demais. O Estado não é uma parte interessada. Ele não ganha nem perde porque não é a origem dos recursos, nem o destinatário final deles.



Em termos concretos, no caso da saúde pública, Wang (2017) estima em R\$ 7 bilhões os valores despendidos pelo Ministério da Saúde, somente em 2016, para atender a determinações judiciais. Foram recursos que acabaram nas mãos dos poucos litigantes (a maioria da população brasileira *não* é parte de litígios na Justiça) que, do contrário, teriam ido para outros cidadãos, na forma de políticas públicas mais amplas.

Na mesma linha, Bodart (2017) mostra que, em 2012, houve o bloqueio de R\$ 279 milhões dos cofres públicos, para atender ao cumprimento de ordens judiciais para o tratamento de 523 pacientes (o orçamento total da saúde, para atender a mais de 199 milhões de brasileiros, foi de R\$ 46 bilhões). No município de Campinas, no estado de São Paulo, 16% de todo o orçamento da saúde, de 2009, foi destinado a 86 pacientes que depositaram ações judiciais, enquanto a população da cidade era superior a 1,2 milhão de pessoas.

Finalmente, como um exercício de simulação simples, Ferraz e Vieira (2009) apud Wang (2013) calculam que, para oferecer o tratamento mais moderno (existente à época da pesquisa) contra a artrite reumatoide e contra a hepatite C crônica a todos os brasileiros portadores dessas duas doenças, seriam necessários 56 bilhões de dólares, ou seja, 4,5% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, equivalente a duas vezes todo o orçamento anual dedicados à saúde no País. O número de pessoas atendidas nesses casos seria equivalente a apenas 1% de toda a população brasileira. Quem pagaria esse almoço?

No caso dos serviços de saúde privados, a discussão não é menos complexa. Quando há julgados que obrigam os planos de saúde a cobrirem serviços não previstos *ex ante* pelo contrato, existem três maneiras como os custos da judicialização serão arcados:

- **Integralmente pela empresa operadora do plano de saúde:** isso se dará via perda de rentabilidade, maior vulnerabilidade financeira e, eventualmente, insolvência da empresa.
- **Integralmente pelos consumidores, clientes dos planos:** uma alternativa menos realista, dado que este é um mercado regulado, e as operadoras, por lei, não podem repassar integralmente seus custos adicionais aos clientes.
- **Situação intermediária, em que a empresa arca com parte, e a outra parte ela repassa ao cliente:** a questão aqui é o quanto a empresa consegue repassar ao cliente, de acordo com a regulamentação do setor, e o quanto ela consegue arcar mantendo-se viva na operação. É uma situação frágil, dados os custos crescentes gerados pela judicialização e a pouca margem de repasse aos clientes.



Não é difícil observar que, no final, quem paga a conta são principalmente os clientes, sobretudo aqueles que não judicializaram, e têm de se defrontar com serviços mais caros, menos diversificados ou inovadores, e de pior qualidade. Voltaremos a esses pontos mais à frente.

Consequências da “garantia ao direito da saúde” (e demais direitos sociais) pela Constituição, de 1988:

Muitos “garantistas” afirmam que é necessário que o Direito, sobretudo a “lei maior”, a Constituição Federal no Brasil, deixe explícita a garantia ao máximo de direitos. A justificativa é a de que o Brasil é um país pobre, desigual, de renda extremamente concentrada, e a constitucionalização dos direitos fundamentais seria a maneira de fazer com que os cidadãos pobres tivessem acesso a proteções que somente a Constituição pode garantir. A pergunta imediata a esse tipo de argumentação é: E ela garante mesmo?

Parece que não. Uma das explicações foi tangenciada acima: Poucos são os que têm recursos financeiros para judicializar com o fim de garantir a si mesmos direitos constitucionais. Pior, como mostram Bodart (2017) e Wang (2013), de maneiras independentes, estudos empíricos apontam que, no Brasil (e também em outros países), a atuação do Judiciário na efetivação de direitos sociais tende a favorecer cidadãos de classes mais altas, com renda suficiente para custear o acesso à justiça. Bodart compara a constitucionalização de direitos sociais com a decisão de instalar uma academia de ginástica em um condomínio de moradores:

“[Se o condomínio, em questão, for de moradores de alta renda] a academia do condomínio provavelmente será satisfatória, muito embora grandes redes de academia prestem um serviço melhor. Se no mesmo exemplo, todavia, o condomínio for de baixa renda, os custos da academia interna, que tenderá a possuir uma estrutura precária, podem tornar as cotas insuportáveis para os moradores, sem contar a possibilidade de estes obterem no mercado um serviço melhor e mais barato”.

Seguindo a analogia, Bodart mostra que a constitucionalização e coletivização de direitos sociais nas Constituições de países pobres

“não apenas se revelou método incapaz de universalizar esses serviços com qualidade, como também, a exemplo do caso brasileiro, pode justificar a expansão do Estado sob a forma de tributos, burocracia e regulações pretensamente destinados a efetivá-los. O custeio desses serviços é financiado por recursos apropriados da sociedade, dando origem a estruturas em



cujos caminhos ocorrem desperdícios por ineficiência ou corrupção – no Brasil, segundo a Advocacia-Geral da União, cerca de 70% dos recursos desviados em atos de corrupção seriam destinados à saúde ou educação. Os investimentos nessas áreas e afins acabam prejudicados, ao contrário do esperado. Além disso, como consequência da ampliação do planejamento central, cada vez mais inóspito se torna o ambiente para o planejamento privado, aquele necessário ao salto de produtividade da economia que conduz à eliminação da miséria. Nesse contexto, os direitos socioeconômicos terminam por frustrar a plena efetividade dos direitos fundamentais de liberdade, sem que garantam o alcance dos tão almejados resultados sociais”.

Portanto, a consequência mais direta do fato de o “direito à saúde” – entre tantos outros “direitos” – ter sido garantido pela Constituição Federal foi o aumento insuportável dos custos arcados pelos brasileiros, sem que isso tenha levado a sociedade a algum ponto próximo de ter esses serviços (e não direitos) em níveis adequados. Constitucionalizar os direitos sociais não surtiu o efeito de “garantia”, pelo contrário, aumentou a conta a ser paga, e ainda multiplicou as oportunidades de ocorrência de atos de improbidade (há anos que a literatura empírica já evidenciou o fato de que estruturas de Estado mais inchadas levam a mais corrupção). Por fim, contrariamente ao que almejavam os nobres constituintes e legisladores, a excessiva constitucionalização de direitos sociais acaba por aumentar a concentração de renda, já que privilegia somente os poucos com recursos para enfrentar a judicialização.

É sobre esses efeitos inesperados e contrários aos almejados inicialmente pelos julgadores e legisladores que iremos discutir a seguir.

5 - A Criação de Efeitos Bumerangue (“não basta a boa vontade legislativa ou judicial”)

Como já adiantado nas discussões acima, é muito possível que decisões revestidas das mais altas aspirações humanitárias acabem por produzir resultados diametralmente opostos, gerando uma espécie de ricochete sobre todo o restante da sociedade.

Julgados que obrigam a garantia de algum tratamento não previsto a algum indivíduo, por exemplo, farão com que as demais pessoas ou clientes arquem com os custos derivados na concessão desse benefício. Isso pode se traduzir em aumento de preços nos planos privados, ou em piora no atendimento, redução de recursos materiais e orçamentários no serviço público.



É a insistência em ignorar as externalidades de suas decisões que faz com que a dogmática jurídica e as decisões judiciais acabem gerando o que chamamos de “efeito bumerangue”. Isso se dá todas as vezes em que um juiz(a) profere uma decisão – normalmente com muito boas intenções – para proteger uma pessoa, ou um grupo de pessoas consideradas hipossuficientes. Mas, pela ignorância de seus efeitos, a decisão acaba “voltando” e gerando resultados que prejudicam a própria pessoa que se quis inicialmente proteger: tal qual o bumerangue, que, após lançado, volta e pode cortar a cabeça do lançador incauto. Todos os dias, dezenas ou centenas de bumerangues são lançadas por juizes bem-intencionados, gerando consequências perversas, senão desastrosas, no resultado final. No caso da judicialização da saúde, os “efeitos bumerangue” são diversos e de natureza múltipla, infelizmente. Abaixo, discutimos sucintamente alguns deles.

(i) Planos de saúde privados percebidos como artigos de luxo pela maior parte da população brasileira (manutenção ou agravamento da concentração de renda):

A judicialização da saúde, com frequentes julgados contra as operadoras de planos de saúde, aumenta seus custos, limita a liberdade econômica das empresas atuantes e dificulta sua saúde financeira. Não é objeto deste capítulo, mas dados públicos e conhecidos mostram a evolução do setor de saúde complementar, e o quadro é desolador. Em quase duas décadas, a quantidade de empresas atuantes tem caído ano a ano. Sobretudo as pequenas e médias atuam no limite da solvência financeira. Por causa disso, novas regulamentações e decisões judiciais que, ano a ano, vão se somando ao longo rol de normas já existentes, estrangulam as sobreviventes. As únicas formas que as operadoras possuem para reagir a novas regras que aumentam o ônus de suas atividades para além do ordinário são as mesmas existentes para qualquer empresa: (i) conquistar mais clientes, tarefa quase impossível dada a conjuntura econômica nacional dos últimos anos; (ii) e/ou passar o aumento dos custos aos preços.

Como consequência, é compreensível que os planos de saúde continuem sendo enxergados como um “luxo” ou um “sonho” para boa parte dos brasileiros². As

² Segundo pesquisa realizada pelo IBOPE e IESS (Instituto de Estudos de Saúde Suplementar), os planos de saúde constituem o 3º maior sonho dos brasileiros. Resultados da pesquisa disponível em: <https://www.tribunapr.com.br/saude-e-bem-estar/sonho-da-maioria-dos-brasileiros-plano-de-saude-e-seu-futuro-sao-discutidos-em-brasilia/>. (Acesso em: 23/7/2020). Pesquisas em anos anteriores chegaram a resultados semelhantes; esse resultado parece aguçá-lo com o passar dos anos.

dificuldades inerentes ao setor, somadas à retração econômica geral e, ainda, os custos cada vez mais frequentes (e crescentes) da judicialização da saúde, tornam esse setor extremamente não atrativo para investimentos, reduzindo ano a ano a quantidade de operações no setor, o que no final prejudica os próprios clientes (a ser discutido mais à frente).

É por isso que se argumenta que, ao beneficiar de maneira sistemática os litigantes da judicialização da saúde, o Judiciário aumenta a incerteza do setor ao torná-lo não atraente – e mais caro aos demais beneficiários. É um perfeito efeito bumerangue.

(ii) Tragédia dos Comuns nos serviços públicos de saúde

Como discutido anteriormente, há diferença entre decidir pensando nas consequências para um caso individual no curto prazo, e as consequências para a totalidade dos consumidores no longo prazo. A sobrevalorização do foco no indivíduo, atendendo a suas demandas individuais, pode levar a resultados catastróficos no longo prazo para toda a comunidade. **É o conhecido fenômeno da tragédia dos comuns.** No caso da saúde, o sistema público (recurso “comum” na terminologia econômica) será sobrecarregado com o atendimento de pessoas que poderiam pagar pelo serviço, mas que foram expulsas do mercado privado devido à ineficiência de custos criada artificialmente pela jurisprudência. Com isso, piora-se drasticamente a qualidade de seu serviço (“tragédia”). Não é preciso relembrar que a situação do Sistema Único de Saúde no Brasil já é, por si mesma, bastante dramática. A judicialização da saúde, ao “expulsar” mais e mais pessoas dos planos privados (mesmo não sendo o objetivo inicial) só tende a agravar mais ainda a situação pública.

Então, a excessiva regulamentação e a judicialização que frequentemente vão contra as empresas operadoras acabam por gerar efeitos perversos também no setor público, ao causar a tragédia dos comuns no Sistema Único de Saúde no Brasil. Assim, indiretamente, também estão sendo prejudicados os cidadãos menos favorecidos, que nem de perto chegam aos planos de saúde privados.

(iii) Aumento da concentração no mercado de planos de saúde, redução da concorrência (com o conseqüente aumento de preços, redução da oferta e piora da qualidade dos planos de saúde privados).

A não atratividade da indústria de planos de saúde, somada às consistentes quedas no número de operadoras no País conduzem a outro efeito bastante perverso: a crescente concentração nessa indústria que, mais uma vez, acaba sendo prejudicial para os próprios consumidores.



Azevedo *et al.* (2016) fazem uma análise minuciosa do mercado de saúde complementar e argumentam que esse setor é marcado, por diversos motivos, por uma tendência natural à concentração. No entanto, enfatizam que causas regulatórias também acabam por intensificar esse processo. Em suas palavras:

“Além da pressão sobre custos, há regulação de preços, limitando a possibilidade de repasse de custos para os consumidores. Há o benefício de o consumidor de tais planos não se deparar com reajustes de preços elevados. Contudo, justamente por restringir os repasses de custos, operadoras, especialmente as de menor porte, podem ter dificuldades para preservar o equilíbrio econômico-financeiro e seguir operando no mercado.

Estes elementos, somados à necessidade de as OPS [Operadoras de Planos de Saúde] comprovarem garantias de financiamento, acabam por dificultar permanência e entrada de operadoras, especialmente as de menor porte. Mendes (2001) conclui que:

‘A existência de uma regulação estatal, com estabelecimento de regras mínimas, determinou modificações qualitativas e quantitativas no mercado, dentre elas, a concentração’ (pp.21–22).

Ou seja, os autores mostram que uma regulação excessiva, com vista a proteger os consumidores, gera ao final o resultado de intensificar a concentração no mercado, em prejuízo dos próprios consumidores. Tal fato configura como outro “efeito bumerangue”.

(iv) Baixa diversidade de produtos, pouca inovação

Diversos estudiosos têm se debruçado para estudar os impactos e desdobramentos da concentração no mercado de saúde suplementar. Em uma extensa e minuciosa pesquisa, Andrade *et al.* (2015) fazem o cálculo da concentração do mercado dos planos de saúde, levantando dados municipais de todas as unidades da federação do País. Elas usam o índice Herfindahl-Hirschman (HHI), o mais empregado para medições de concentração de mercado, e que vai de 0 (concorrência perfeita, concentração nula) a 10.000 (situação monopólio); seguem ainda as regras da comissão de defesa de concorrência norte-americana, ao considerar mercados com índices Herfindahl-Hirschman acima de 2.500 como sendo altamente concentrados. Com isso, chegam a resultados interessantes e importantes:

“Nota-se uma estrutura bastante concentrada para o mercado de planos individuais em contraponto a uma estrutura mais



competitiva para os planos coletivos (...) **Para os planos individuais 82,42% dos mercados apresenta HHI superior a 2500 enquanto que para os planos coletivos esse percentual é de 34,38%. O HHI superior a 2500 indica mercados altamente concentrados.** A diferença no grau de concentração dos mercados de planos individuais e coletivos reflete a natureza dos contratos. Os contratos individuais necessitam de uma escala maior de beneficiários devido a diversos motivos: presença de custos de transação mais elevados, uma vez que o contrato é feito individualmente e não em bloco como o contrato coletivo; necessidade de uma carteira maior para garantir sustentabilidade financeira devido aos custos de transação mais elevados e perfil de beneficiários mais envelhecido. Os planos coletivos se caracterizam por beneficiários que ainda estão trabalhando sendo, portanto, uma carteira mais jovem, majoritariamente composta de indivíduos em idade ativa. **Por fim, a estrutura de competição observada evidencia a tendência que vem ocorrendo no Brasil: as operadoras de planos de saúde têm sistematicamente escolhido competir no mercado de planos coletivos em detrimento do mercado de planos individuais.** A diferença de estrutura de competição evidencia a estratégia de concorrência que vem sendo observada no mercado brasileiro. **Comparado à análise realizada para 2007 nota-se que nos mercados de planos individuais praticamente não ocorreram grandes mudanças, mas no mercado de planos coletivos a competição tornou-se mais acirrada.**" (Andrade *et al.*, 2015, pp. 82-83, ênfases nossas).

Isso evidencia que a excessiva regulação, via normas ou julgados, causa efeitos heterogêneos no setor, com possíveis implicações na inovação e diversidade de produtos ofertados. Os planos individuais oferecem mais riscos do que os coletivos – tanto pelo risco individual de inadimplência quanto pelo risco regulatório, dado que a regulação é mais protetiva para essa classe de clientes. Então, os resultados de Andrade *et al.* (2015) são claros: Nos mercados onde há menor exposição ao risco, há mais incentivos para a entrada de novas firmas, gerando mais concorrência. No longo prazo, isso significa também que menos tipos de produtos estão sendo ofertados (por exemplo, mais planos coletivos, menos planos individuais).

Para dar outro exemplo, sabe-se que a regulação é mais rigorosa e intervencionista na oferta de planos de grupos menores, aqueles com até 30 vidas; aqui, questões como o reajuste de preços e regras para rescisão pelas operadoras são frequentemente alvos de julgados e normas extraordinárias. O resultado disso é claro e previsível: Diversas Ofertas Públicas de Subscrição (OPS) simplesmente deixarão de ofertar este tipo de



produto (sobretudo as menores, com mais dificuldades financeiras). Isso gera uma concentração cada vez maior no mercado e a diversificação menor de produtos.

Mais temerosas ainda são as consequências sobre a inovação. O setor de saúde é um dos mais ávidos a mudanças tecnológicas; a medicina é, por natureza, uma área movida por inovações. No entanto, a longa literatura (que não adentraremos aqui) mostra que, em ambientes em que há altos riscos, a inovação e o empreendedorismo tendem a ser tímidos. Esse é o caso do ambiente de serviços de saúde no Brasil. Não aludimos aqui às inovações que possam colocar a vida dos pacientes em risco (para isso há agências reguladoras, como a Anvisa e outras). Estamos falando de inovações no portfólio de produtos, como: regras para formação de grupos, planos com rol de serviços diferenciados, modulação de coberturas diferenciadas entre os grupos. Vale relembrar, por exemplo, a coibição às Ofertas Públicas de Subscrição de oferecerem serviços de telemedicina, mesmo para casos ordinários – coibição esta que somente foi relaxada com o advento da pandemia da Covid-19.

A dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de oferecer produtos e serviços inovadores é consequência do excesso de intervenção regulatória e judicial no setor de saúde, que aumenta os riscos de atuação no setor. Quem perde com isso, no final, são os consumidores. Mais um “efeito bumerangue” prejudicando quem inicialmente os julgadores e os reguladores almejavam proteger.

6 - Considerações Finais

O que se pode extrair dessas lições? O que de concreto pode ser derivado?

Sabendo que as normas e as decisões judiciais têm consequências, que os agentes reagem aos incentivos institucionais, e que muitas vezes impactos inesperados são criados com a intervenção regulatória sobre a atividade econômica, tem-se que é preciso antever esses impactos. Felizmente, existem modelos instrumentais e técnicas para fazer isso de maneira rigorosa e robusta.

A própria Análise Econômica do Direito oferece uma visão ampla, sistêmica de entendimento das inter-relações entre as esferas econômica e jurídica, permitindo aos juristas, legisladores, magistrados e reguladores compreenderem mais a fundo as implicações de suas decisões no mundo econômico. O entendimento adequado dos princípios e dos conceitos econômicos já é um bom começo.

De maneira mais específica e aprofundada, instrumentos como a Análise de Impacto Legislativo, Análise de Impacto Regulatório ou, até mesmo, Análises de Benefício-Custo, aplicadas às regulações, normas e decisões judiciais, são mecanismos



sofisticados (nem sempre complexos) de se tentar antecipar as consequências da intervenção legal³.

Mas não é preciso muita complexidade para os decisores de políticas públicas e os julgadores que queiram levar em consideração os impactos de suas decisões. Como os princípios expostos ao longo deste texto, as lições da ciência econômica são sempre simples. Muitos conhecem o famoso Teorema de Coase (aludido previamente neste trabalho), mas na prática, mais útil do que a aplicação direta do teorema, talvez seja a derivação do princípio que Cooter e Ulen (2010) chamam de **Teorema Normativo de Coase e Teorema Normativo de Hobbes**. Nas palavras destes autores, o primeiro poderia ser formalizado da seguinte maneira:

“Estruture a lei de modo a remover os impedimentos aos acordos privados”.

Já o Teorema Normativo de Hobbes apresenta uma recomendação ainda mais aplicada para os decisores judiciais:

“Estruture a lei de modo a minimizar o prejuízo causado por fracassos em acordos privados”.

Seguir o Teorema Normativo de Coase e o Teorema Normativo de Hobbes é um bom começo caso os julgadores estejam preocupados com os efeitos bumerangue e as externalidades negativas que eventualmente possam ser gerados por suas decisões. De fato, não basta apenas olhar somente para a beleza das normas jurídicas. É preciso avaliar os impactos reais sobre os cidadãos e a sociedade como um todo em busca de melhores resultados. Ao que tudo indica, um pouco mais de consequencialismo nas decisões judiciais e nas normas jurídicas leva mais rapidamente e mais certamente a este segundo resultado.

Convidamos todos para esta reflexão e para este exercício, como maneira de melhor compreender as questões envolvendo as decisões judiciais e regulações, especificamente (mas não somente) no contexto da judicialização da saúde.

³ Para uma discussão mais aprofundada sobre a Análise de Impacto Regulatório e a Análise de Impacto Legislativo, recomendamos consultar diversos trabalhos preparados pela Consultoria Legislativa do Senado Federal, por exemplo: Meneguim e Silva (org.) (2017).



Referências Bibliográficas:

Andrade, Mônica V.; Maia, Ana C.; Ribeiro, Mirian M.; Lima, Helena W. & Carvalho, Lucas R. (2015) **Estrutura de concorrência no setor de operadoras de planos de saúde no Brasil**, Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Lucas_Carvalho8/publication/313429324_Estrutura_de_concorrencia_do_setor_de_operadoras_de_planos_de_saude_no_Brasil/links/589a606592851c8bb68219f1/Estrutura-de-concorrencia-do-setor-de-operadoras-de-planos-de-saude-no-Brasil.pdf (Acesso em: 19 jun. 2020.)

Azevedo, Paulo F.; Almeida, Silvia F.; Ito, Nobuiuki C.; Boarati, Vanessa; Moron, Caroline R.; Inhasz, William & Rousset, Fernanda (2016) **A cadeia de saúde suplementar no Brasil: avaliação de falhas de mercado e propostas de políticas**, São Paulo: Insper - Centro de Estudos em Negócios. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/09/estudo-cadeia-de-saude-suplementar-Brasil.pdf>. (Acesso em: 19 jun. 2020.)

Bodart, Bruno (2017) “Prometendo mundos sem fundos - O que os últimos 100 anos podem nos dizer sobre a utilidade dos direitos sociais?”, Coluna da ABDE, JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/prometendo-mundos-sem-fundos-02032017> (Acesso em: 20 jul. 2020).

Coase, Ronald H. (1960) “The Problem of Social Cost”. **Journal of Law and Economics**, Vol. III, pp.1-44.

Cooter, Robert & Ulen, Thomas (2010). **Direito e Economia**. 5ª ed. (Traduzida) Porto Alegre: Bookman.

Dallari, Dalmo A. (2002) **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 23ª ed. São Paulo: Saraiva.

Flávio Galdino (2005) **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

Meneguim, Fernando B. & Silva, Rafael S. (org.) (2017). **Avaliação de Impacto Legislativo - cenários e perspectivas para sua aplicação**. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/535244> (Acesso em: 20 jul. 2020)

North, Douglass C. (1990) **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. 1st ed. Cambridge: Cambridge University Press.



Radaelli, Claudio & Francesco, Fabrizio (2010). "Regulatory Impact Assessment". In: Baldwin, Robert; Cave, Martin & Lodge, Martin (Orgs.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford, UK: Oxford University Press, pp. 279–301.

Wang, Daniel W. L. (2013) "Courts and health care rationing: the case of the Brazilian Federal Supreme Court". **Health Economics, Policy and Law**, v. 8, n. 1, pp. 75–93.





O JUIZ E A PANDEMIA: EM BUSCA DA NOVA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

CLENIO JAIR SCHULZE

Clenio Jair Schulze

Doutor e Mestre em Ciência Jurídica (Univali). Pós-Graduado em Justiça Constitucional e Tutela dos Direitos Fundamentais (Universidade de Pisa/IT). Autor do livro *Judicialização da Saúde no Século XXI* (2018). Coautor do livro *Direito à Saúde* (2 ed., 2019). Juiz federal em SC.



Resumo

O texto apresenta reflexões sobre questões que vinculam o Direito à Saúde, a Judicialização da Saúde e a atuação do Poder Judiciário. São avaliados aspectos relacionados à construção de um novo cenário da Judicialização da Saúde. Conclui-se que o Direito à Saúde Baseado em Evidências é um poderoso instrumento para construir a nova Judicialização da Saúde

Palavras-chave: Direito à Saúde. Pandemia. Judicialização da Saúde.

1. Introdução

Nos últimos anos, o Poder Judiciário assumiu um papel de protagonismo em várias questões do cotidiano, até mesmo em relação à interpretação da legislação relativa ao Direito à Saúde.

O período da normalidade, contudo, é superado quando acontece uma epidemia ou uma pandemia, tal qual se verifica com a Covid-19.

Para situações extraordinárias fala-se em Judicialização da Crise. É a expressão utilizada para explicar como se comporta o Poder Judiciário durante momentos de calamidade ou de extremas dificuldades (financeiras, sociais, sanitárias, entre outras) e permitiria, em tese, a alteração total ou parcial do entendimento jurídico em razão da excepcionalidade.

Assim, não se sabe exatamente quais serão a dimensão e o impacto da Covid-19, mas seus efeitos ficarão presentes por vários anos e por décadas.

Nesse sentido, o presente texto pretende apresentar algumas reflexões sobre questões que vinculam o Direito à Saúde, a Judicialização da Saúde e a atuação do Poder Judiciário. São avaliados aspectos relacionados à construção de um novo cenário, que exige a observação do movimento *Slow Medicine* e do Direito à Saúde Baseado em Evidências como instrumentos para qualificar a Judicialização da Saúde.

2. Um novo cenário

A discussão sobre o conteúdo do Direito à Saúde está sempre presente durante o período da normalidade. E na pandemia (Coronavírus – Covid-19), o tema se agiganta.

O ponto central para a superação da pandemia é a adoção de medidas adequadas pelo Estado e pelas pessoas. Em resumo, podem ser apontadas algumas questões para reflexão em razão da Covid-19: a) liberação da maior quantidade de recursos para



investimento em Saúde, até mesmo com o afastamento dos efeitos da Emenda Constitucional nº 95; b) priorização dos casos decorrentes do vírus; c) tratamento e proteção adequados aos profissionais da área da saúde; d) atuação coordenada do Estado com a indústria farmacêutica, para evitar o desabastecimento de fármacos; e) atenção redobrada do Sistema de Justiça, para evitar a intervenção judicial de medidas inadequadas – não se recomenda, salvo situações excepcionais e justificadas, invadir a atuação dos profissionais de saúde, dos reguladores de leitos de Unidade de Terapia Intensiva, dos gestores em saúde; f) adoção ampliada da telemedicina; g) definição de critérios de priorização no cuidado das pessoas; h) controle rigoroso das medidas de confinamento; i) atuação coordenada das polícias para evitar atividades não essenciais e aglomerados desnecessários de pessoas; j) isolamento absoluto de pessoas infectadas; k) prestação social para pessoas de baixa renda, com doação de cestas básicas, produtos de higiene e habitação.

Talvez a postura mais importante seja observar e repetir as medidas adotadas pelos países que já conseguiram estabilizar e reduzir o número de infectados (Alemanha, por exemplo), replicando no Brasil com as devidas adaptações.

De qualquer forma, sempre são esperadas posturas éticas e responsáveis com a finalidade de proteger, na maior extensão possível, o Direito à Saúde das pessoas. Diante da Covid-19 tem-se um novo cenário.

Por isso, algumas dúvidas surgem em razão da situação de crise.

No Sistema Único de Saúde, por exemplo: a) Como será a judicialização da saúde durante e após a pandemia? b) Haverá autocontenção ou ativismo judicial? c) Quais serão os limites para as requisições administrativas (artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 13.979, de 2020)? d) Como se dará a atuação entre União, Estados e Municípios: coordenada ou desordenada? e) Poderão ser utilizados judicialmente tratamentos experimentais para o combate à pandemia, superando a limitação fixada no Tema 500 do Supremo Tribunal Federal? f) Será respeitado o federalismo no Sistema Único de Saúde? g) Haverá tutela adequada dos profissionais de saúde?

E na Saúde Suplementar também há inúmeras questões, como: a) Haverá aumento do valor das mensalidades de contratos de planos de saúde? b) É possível a resolução (rescisão) do contrato em razão de inadimplência contratual, nos termos da Lei nº 9.656, de 1998? c) Como ficará a sustentabilidade das operadoras de plano de saúde? d) Como será a atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)? e) É possível moratória nos débitos? f) A compra de bens e serviços das operadoras, da indústria farmacêutica e dos hospitais será substituída livremente pela requisição administrativa?



Como se observa, são vários os problemas trazidos pela Covid-19. E a Jurisprudência da Crise pode ser uma solução temporária para solucionar tais questões. Contudo, é importante ter presente que a Constituição sempre será a bússola a orientar a conduta das pessoas e das instituições.

E a missão do Poder Judiciário é exatamente evitar que haja violações às normas jurídicas.

3. *Slow Medicine* e a Judicialização da Saúde

Slow Medicine é um movimento que propõe mudança na forma de exercício da medicina. É a medicina sem pressa, em que se busca mais contato com o paciente. É a medicina centrada na pessoa, e não a medicina centrada na doença².

Um dos grandes nomes em *Slow Medicine* é Marco Bobbio, médico cardiologista, especialista em estatística médica e diretor-chefe do *Ospedale Santa Croce e Carle di Cuneo*, na Itália.

A mecanização da medicina traz um risco inevitável, ou seja, “um perigo da medicina contemporânea: o aperfeiçoamento da técnica pode induzir a um comportamento mecânico impessoal no tratamento do paciente. Para cada diagnóstico há quem recorra automaticamente àquela tal máquina que o fornece, perdendo de vista o paciente, isto é, o ser humano que pede ajuda, às vezes por problemas mínimos, como o meu dedinho, outras vezes, por problemas gravíssimos”³.

Outro aspecto importante que o movimento *Slow Medicine* pretende corrigir é a noção da medicina sem limites, ou seja, o pensamento equivocado de que todos os problemas em saúde podem ser resolvidos⁴.

Slow Medicine é uma nova forma de pensar a arte da medicina, permitindo ampliar a relação médico e paciente, dentro de uma lógica de parceria pessoalizada, e não apenas uma relação contratual objetiva.

² BOBBIO, Marco. **O doente imaginado: os riscos de uma medicina sem limites**. Tradução Mônica Gonçalves. São Paulo: Bamboo Editorial, 2016, p. 223. Título original: *Il Malato Immaginato*.

³ BOBBIO, Marco. **O doente imaginado: os riscos de uma medicina sem limites**. Tradução Mônica Gonçalves. São Paulo: Bamboo Editorial, 2016, p. 47. Título original: *Il Malato Immaginato*.

⁴ BOBBIO, Marco. **O doente imaginado: os riscos de uma medicina sem limites**. Tradução Mônica Gonçalves. São Paulo: Bamboo Editorial, 2016, p. 214. Título original: *Il Malato Immaginato*.



O *Slow Medicine* é importante mecanismo para concretizar o princípio da integralidade em saúde previsto nos artigos 196 e 198, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil.

E o movimento *Slow Medicine* também traz a reflexão da necessidade de criação de um movimento na área jurídica, o *Slow Judicial Review*, que propõe o fomento à ampliação da resolutividade dos problemas sociais na esfera administrativa. Isso reduz e evita a burocratização do Estado.

Conforme já divulgado, há milhares de processos sobre o direito à saúde em tramitação no Poder Judiciário brasileiro.⁵

Assim como o *Slow Medicine* propõe demonstrar que os médicos não podem tudo, o *Slow Judicial Review* segue a mesma direção, indicando que o Poder Judiciário não possui a capacidade de resolver de forma ilimitada todos os problemas da vida em sociedade. Portanto, é um movimento que precisa conquistar espaço no cenário nacional, na perspectiva de qualificação da atuação dos gestores em saúde e para fomentar a redução da judicialização da saúde.

Em tempos de pandemia, o movimento italiano de *Slow Medicine* publicou um importante documento para a tomada de decisões durante a pandemia (mas as reflexões são tão importantes que merecem perenidade).

O manifesto propõe uma Medicina sóbria, respeitosa e justa. São várias as propostas apresentadas que também auxiliam na Judicialização da Saúde. Por isso, o presente texto tem por finalidade difundir algumas mensagens produzidas. Para manter a fidelidade, são transcritos abaixo alguns trechos (literalmente):

1º Sobre o Cuidado, em todas as suas dimensões:

Nestes dias, devido a esta situação complexa, toda a atenção se voltou para tecnologias, respiradores, oxigênio, unidades de terapia intensiva, tratamentos inovadores, vacinas, máscaras: questões absolutamente importantes, que foram tratadas com louvável esforço.

⁵ SCHULZE, Clenio Jair. Números de 2019 da judicialização da saúde no Brasil. Revista Empório do Direito. 02 Set. 2019. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/numeros-de-2019-da-judicializacao-da-saude-no-brasil>. Acesso em: 20 jul. 2020.

Por outro lado, tem sido escassa a atenção prestada à pessoa, aos seus afetos, aos sentimentos e ao enorme sofrimento causado pela súbita separação, absoluta e cruel em qualquer relacionamento humano. São comoventes histórias de avós, pais, cônjuges, filhos levados de ambulância, sem a possibilidade de lhes dar uma saudação, uma palavra de conforto, um carinho, um olhar; falecidos na solidão, longe dos entes queridos, em ambientes estranhos, desorientados e oprimidos, numa luta intensa pela sobrevivência. [...]

Nesse sentido, provavelmente a gestão da assistência deveria ter sido menos centrada no hospital, mais atenta à saúde pública, ao território e às equipes de saúde que, principalmente no início, enfrentaram a pandemia sem muitos recursos e com a grande responsabilidade de tomar decisões⁶.

2º Sobre a relação entre *Slow Medicine* e a pandemia:

Mesmo em uma emergência, mesmo neste tempo cheio de decisões dramáticas, o pensamento *Slow* é pertinente. O conceito *Slow* aplicado à medicina não significa “lento”, não significa necessariamente fazer as coisas com calma. Remete a uma maneira de praticar o cuidado, tanto no manejo de situações clínicas crônicas, como em uma emergência. O adjetivo *Slow* inclui as três características explicitadas no manifesto do movimento: uma Medicina Sóbria, Respeitosa e Justa, que remetem aos três princípios fundamentais – caridade, autonomia e justiça – que a bioética há cinquenta anos propõe como espinha dorsal da prática médica na era moderna. Esta não é uma fórmula mágica que ofereça, com efeito garantido, os cuidados de saúde dos nossos sonhos. Os três adjetivos nos remetem a critérios de qualidade, que nos permitem uma avaliação cuidadosa de nossos comportamentos. [...]

O que é sóbrio, respeitoso e justo nos momentos em que você se depara com escolhas que contemplam a morte e precisa decidir por si e pelos outros? Quais conselhos e qual apoio pode ser dado às pessoas, aos profissionais e às instituições, no que diz respeito a lidar com uma pandemia dessa magnitude?

⁶ Diretoria da Associação Italiana de Slow Medicine. SÓBRIAS, RESPEITOSAS, JUSTAS: AS ESCOLHAS EM TEMPOS DE PANDEMIA. Tradução de Andrea Bottoni. Disponível em: <https://www.slowmedicine.com.br/sobrias-respeitosas-justas-as-escolhas-em-tempos-de-pandemia/>. Acesso em: 25 jun. 2020.



Sobriedade, ou seja, o cuidado na medida certa: “O médico age de acordo com o princípio da eficácia dos tratamentos, respeitando a autonomia da pessoa, levando em consideração o uso adequado dos recursos”. Este tríptico conceito do profissionalismo médico foi resumido com estas palavras na versão de 2006 do Código de Deontologia Médica. O primeiro critério – fornecer tratamentos eficazes – foi cada vez mais avaliado não apenas com o critério de validação científica de tratamentos, mas também com sua quantidade. A *Slow Medicine* aderiu ao lema: “*Less is more*”, promovendo o correspondente italiano “Fazer mais não significa fazer o melhor”. Para evitar mal-entendidos: isso não significa fazer o mínimo possível, mas procurar a medida certa. Por esse motivo, os profissionais são convidados a buscar um equilíbrio, identificando e excluindo pelo menos cinco práticas rotineiras em sua área que não mostraram uma melhoria para a saúde. [...]

Certamente, é verdade que “às vezes menos é mais, às vezes mais é mais, e muitas vezes simplesmente não sabemos” (Lisa Rosenbaum, *New Engl J Med*, 2017). Mas nos perguntamos se a incerteza causada por uma epidemia para a qual atualmente não temos medicamentos eficazes justifica “fazer todo o possível”, e até “prolongar a vida a qualquer custo”, ou se, mesmo neste caso, a base de nossas ações não deveria ser a expectativa razoável de trazer mais benefícios do que danos. É o princípio da proporcionalidade da assistência, que leva em consideração o fato de pacientes idosos frágeis em condições tão críticas que exigirem intubação por qualquer motivo, incluindo a COVID-19, apresentarem resultados de sobrevivência muito baixos e baixa qualidade de vida. Nesse cenário, em que as escolhas foram mais trágicas pela grande concentração de casos que às vezes obrigavam os médicos a decidir em quem iniciar os cuidados intensivos, consideramos a iniciativa da SIAARTI (Sociedade Italiana de Anestesia, Analgesia, Reanimação e Terapia Intensiva) exemplar, considerando os critérios para fazer escolhas através do documento “Recomendações de ética clínica para tratamentos intensivos e sua suspensão em condições de exceção de desequilíbrio entre necessidades e recursos disponíveis” (6 de março de 2020). Isso implica o desejo de trazer luz para a área cinzenta da clínica onde as decisões são tomadas sem explicação e compartilhamento com outros profissionais, ou seja, a crença de que certas coisas são feitas, mas não ditas, prevalece. Com um termo que soa enigmático em italiano, essa atitude de explicar os critérios em inglês é chamada de *accountability*.



Corresponde à tentativa de contabilizar na medicina os critérios adotados para as escolhas. Isso não aconteceu apenas na Itália: com a disseminação da pandemia, médicos de muitos outros países enfrentaram o crescimento exponencial de pessoas com a necessidade de cuidados intensivos, questionaram-se sobre as decisões a serem tomadas antes da escassez de vagas em unidades de terapia intensiva, equipamentos, serviços de saúde de apoio. No passado, prevalecia o critério de escolhas feitas “na ciência e na consciência”. Mesmo quando ambas estão realmente presentes, é necessária transparência nos nossos dias, o que equivale a relatórios. Um relatório do trabalho de alguém que não se dirige ao judiciário, como acontece na hipótese de denúncias, mas aos próprios cidadãos. A *accountability* alimenta a confiança daqueles que precisam necessariamente confiar na “ciência e consciência” dos profissionais; mas eles se sentem mais seguras pois não lhes é exigida confiança cega. Isso ocorre quando os critérios de escolhas e decisões são tornados públicos pelos próprios profissionais⁷.

3º Sobre os cuidados respeitosos:

O respeito com o qual o movimento *Slow Medicine* promove vai além da proteção da privacidade e da delicadeza necessária para cuidar de uma pessoa sob tratamento. Ela decorre do segundo princípio que caracteriza o profissionalismo do cuidado moderno: o respeito à autonomia. Isso não deveria faltar, mesmo quando as pessoas não são mais autônomas no sentido social. Aqui está outro termo do qual é difícil encontrar o equivalente em italiano: *empowerment*. Isso significa que as decisões clínicas são tomadas com o paciente, não para ele. Esta modalidade se estende a todas as situações, incluindo as extremas. A condição de fim de vida não é excluída: compartilhar caminhos e escolhas é uma condição indispensável para o exercício do *empowerment*. Informação e consentimento (mesmo na forma redutiva e burocratizada do que é difundido na prática clínica sob o nome de consentimento

⁷ Diretoria da Associação Italiana de Slow Medicine. SÓBRIAS, RESPEITOSAS, JUSTAS: AS ESCOLHAS EM TEMPOS DE PANDEMIA. Tradução de Andrea Bottoni. Disponível em: <https://www.slowmedicine.com.br/sobrias-respeitosas-justas-as-escolhas-em-tempos-de-pandemia/>. Acesso em: 25 jun. 2020.



informado) quase desapareceram dos cuidados prestados na era da pandemia. [...]

Mesmo as informações para os familiares de pessoas internadas em unidades de terapia intensiva e nas casas de repouso para idosos têm sido extremamente difíceis e muitas vezes muito reduzidas devido às limitações impostas pelas necessidades de segurança e privacidade. No que diz respeito das vontades e preferências do paciente, a recomendação nº 8 do movimento internacional *Choosing Wisely* sobre COVID-19 merece menção especial: “Não intubar pacientes frágeis sem conversar com os familiares sobre as diretrizes antecipadas do paciente, sempre que possível”. Essa atenção define o perímetro da boa medicina. “Sempre que possível”, é claro; mas antes de tudo, devemos reconhecer o direito à cidadania na medicina de nosso tempo, mesmo em situações de emergência. O documento da SIAARTI mencionado acima vai na mesma direção, pois entre suas recomendações prevê “considerar cuidadosamente a possível presença de desejos anteriormente expressos pelos pacientes por meio de Diretivas Antecipadas de Vontade e, em particular, o que é definido através de planejamento compartilhado do cuidado”. Quanto ao relacionamento com os familiares, foi publicado um documento elaborado por diferentes sociedades científicas italianas SIAARTI, ANIARTI (Associação Nacional Enfermeiros de Área Crítica), SICP (Sociedade Italiana de Cuidados Paliativos) e SIMEU (Sociedade Italiana de Medicina de Emergência e Urgência), no dia 18 de abril de 2020, “Como se comunicar com os familiares em condições de completo isolamento”. A sensibilidade demonstrada neste caso por médicos e enfermeiros, paliativistas e especialistas em emergências-urgências e dá corpo ao significado de “cuidados respeitosos” na “*Slow Medicine*”, não apenas para os doentes, mas também para os familiares, e insere a comunicação como parte integrante do caminho do tratamento. Muita perplexidade suscita sobretudo a ausência dos cuidados paliativos no cenário pandêmico. “Morrer mal de Coronavírus é uma realidade com números assustadores que traça o perfil de uma tragédia dentro de uma tragédia”, lembra o deputado Giorgio Trizzino (ex-diretor do *Hospice Civico* de Palermo). A noção muito difundida de que os cuidados paliativos são reservados para pacientes com câncer e uma alternativa a intervenções com intenções curativas também pesaram nesta situação de crise. Ainda mais se eles são organizados como uma transferência de habilidades, quando “não há mais o que fazer”, dos especialistas da cura para outros especialistas, os





paliativistas. Ainda está longe de se tornar um lugar comum entre todos os profissionais o *slogan* que os pioneiros da Medicina Paliativa na Itália fizeram desde o início: “**Quando não há mais o que fazer, há muito o que fazer**”. Infelizmente, em alguns casos, mesmo estruturas como *hospices*, dedicadas justamente para acompanhar o último trecho da estrada, para aliviar dores e sintomas, para tornar a morte mais digna, não foram usadas conforme estas orientações e a morte ocorreu em um estado de abandono. Embora algumas vezes, as instituições de longa permanência para idosos tenham sido usadas como *hospice*, não no sentido apropriado, mas como um lugar para morrer. Até os pacientes da COVID-19, quando os tratamentos se mostram ineficazes, têm o direito de “morrer bem” em qualquer ambiente em que estejam, através do controle dos sintomas e do acompanhamento psicológico e espiritual. Por fim, não se pode esquecer que a solidão e o medo marcaram as experiências das pessoas, pacientes em todos os estágios da doença, mas também dos profissionais de saúde, e que as consequências psicológicas provavelmente persistirão por muito tempo⁸.

4º Sobre a alocação de recursos com Justiça:

Provavelmente a pandemia foi mais grave em algumas regiões também porque a organização não estava preparada o suficiente para enfrentar um evento imprevisível, pelo menos nos moldes, tempos e dimensões em que ocorreu. O cobertor era muito curto e nem todas as pessoas infectadas conseguiram os cuidados de que precisavam. Pensamos nas deficiências dos programas de saúde pública para conter as infecções, dos serviços domiciliares, de uma rede de assistência territorial, dos equipamentos de proteção individual para os profissionais, dos leitos nos hospitais, dos serviços de cuidados paliativos e das vagas nas unidades de terapia intensiva. Até a capacidade de lidar com uma emergência tem um termo técnico: em inglês, é *preparedness*. Podemos traduzir como preparação, mas implica habilidades muito específicas para lidar com eventos inesperados, como planejamento,

⁸ Diretoria da Associação Italiana de Slow Medicine. SÓBRIAS, RESPEITOSAS, JUSTAS: AS ESCOLHAS EM TEMPOS DE PANDEMIA. Tradução de Andrea Bottoni. Disponível em: <https://www.slowmedicine.com.br/sobrias-respeitosas-justas-as-escolhas-em-tempos-de-pandemia/>. Acesso em: 25 jun. 2020.





fornecimento de recursos e habilidades multidisciplinares, a capacidade de intervir. [...]

A primeira reação à onda de pacientes com sintomas de insuficiência respiratória aguda foi a busca por respiradores mecânicos e locais de internação, especialmente terapia intensiva, em vez de fortalecer o tratamento domiciliar desde os estágios iniciais da doença. Não foram identificadas e organizadas estruturas intermediárias que servissem de filtro ao hospital e de assistência a pacientes menos graves, confiando seus cuidados e isolamento aos familiares, sem um suporte assistencial adequado. Esses serviços, no entanto, podem ser aprimorados em situações de emergência, como, por exemplo, com o apoio das Unidades Especiais de Continuidade Assistencial, mas não podem ser criados a partir do zero, se ainda não houver uma ampla estrutura de serviços, de profissionais e de programas bem testados nos quais poder-se apoiar. A pandemia revelou a não adequação dos serviços de saúde pública e de comunidade e as limitações culturais da programação centradas quase exclusivamente em tecnologias e especialização. De repente, a ordem mudou e surgiram, com toda a gravidade, problemas organizacionais e, especialmente, as deficiências da política de saúde, a destinada a prover a alocação macro de recursos e sua finalização. Quando falamos sobre o território, não queremos dizer um lugar físico, mas uma rede estruturada de serviços que penetram no tecido social da comunidade de referência. Nesse contexto, o médico de família não pode ser um elemento separado do sistema, ele deve ocupar um lugar de destaque dentro da equipe grupo multiprofissional com vínculos ágeis e bem coordenados com: serviços de prevenção primária, serviços de atendimento domiciliar, especialistas de apoio, família, associações de voluntariado, serviços sociais, *hospice*, ILPIs etc. É somente em um contexto territorial bem estruturado, que os pacientes podem receber os cuidados de que precisam sem serem obrigados a recorrer indevidamente ao hospital, podendo usar todos os recursos da comunidade para, na medida do possível, deixar as pessoas dentro do contexto familiar e social de referência. Nossa esperança é que, à luz do que aconteceu, seja iniciada sem demora uma radical renovação da organização do cuidado, a ser realizada sob uma perspectiva sistêmica, levando em consideração que a especialização das competências e a integração dos profissionais e das atividades entre hospital e território devem acontecer em completa sintonia, de acordo com programas estruturados e compartilhados. No território, em especial modo, deve-se



perceber que os serviços não se baseiam na hierarquia, nas ordens e nos procedimentos, mas nos princípios que caracterizam o funcionamento das redes, ou seja, por meio de agregações funcionais flexíveis, trabalho em equipe multiprofissional, serviços adequados às necessidades, aos estímulos e aos apoios provenientes da comunidade de referência e, acima de tudo, que atuam de maneira sóbria, respeitosa e justa⁹.

Como se observa, o conteúdo da *Slow Medicine* se aplica perfeitamente na Teoria do Direito à Saúde, principalmente à Judicialização da Saúde.

Assim, também é importante verificar quais são os princípios que norteiam a *Slow Medicine*. Para tanto, faz-se a citação literal para manter a genuinidade das ideias e evitar paráfrases incompletas:

1. Tempo

Tempo para ouvir, para entender, para refletir. Tempo para consultar e tomar decisões. A tomada de decisões melhora quando os médicos dedicam seu tempo e sua atenção ao paciente.

2. Individualização

Cuidado particularizado, justo, apropriado. A individualidade em lugar da generalidade. O paciente deve ser o foco da atenção e seu ponto de vista e seus valores são fundamentais.

3. Autonomia e Autocuidado

Decisões compartilhadas. A chave da questão são os valores, expectativas e preferências do paciente. Nela estão envolvidos o ambiente de cuidados do paciente, sua família, vizinhos, amigos e outras fontes de suporte ou apoio.

⁹ Diretoria da Associação Italiana de Slow Medicine. SÓBRIAS, RESPEITOSAS, JUSTAS: AS ESCOLHAS EM TEMPOS DE PANDEMIA. Tradução de Andrea Bottoni. Disponível em: <https://www.slowmedicine.com.br/sobrias-respeitosas-justas-as-escolhas-em-tempos-de-pandemia/>. Acesso em: 25 jun. 2020.



4. Conceito positivo de saúde

Neste conceito de saúde, que transcende o antigo conceito de saúde da OMS (“um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afeções e enfermidades”) o foco é no auto cuidado e resiliência(*), com ênfase na saúde e não na doença, abordando os cuidados de saúde e a prevenção de doenças e a manutenção da qualidade e da acessibilidade dos cuidados.

5. Prevenção

Alimentação saudável é a prescrição básica para uma vida saudável. Atividade física regular, pensamento positivo e flexibilidade mental são essenciais para manter nossos cérebros saudáveis.

6. Qualidade de vida

Fazer mais nem sempre significa fazer melhor. Mais que quantidade deve-se investir na qualidade, na aceitação do inevitável. Deve-se sempre considerar a arte médica de não intervir – a sabedoria da observação clínica.

7. Medicina Integrativa

O melhor de 2 mundos: medicina tradicional sempre que indicada. Medicina complementar se possível, preferencialmente baseada em evidências. Segurança em primeiro lugar, eficácia quando possível. Sem metáforas da luta ou guerra contra a doença. As palavras de ordem são recuperação, equilíbrio, harmonia.

8. Segurança em primeiro lugar:

Lembre-se do juramento de Hipócrates: *Primum non nocere et in dubio abstine*. Em primeiro lugar não causar o mal. Em dúvida, abstenha-se de intervir.

9. Paixão e compaixão

Resgatar a paixão pelo cuidar e o sentimento da compaixão na atenção médica. Buscar incansavelmente a humanização dos cuidados à saúde.



10. Uso parcimonioso da tecnologia

A tecnologia deve servir ao homem. As novas tecnologias devem cumprir seus objetivos de auxiliar a pessoa no autocuidado e auxiliar o médico a tomar as melhores decisões para seu paciente, que busquem primordialmente melhorar sua qualidade de vida¹⁰.

Todas as Categorias¹¹ que materializam os princípios (Tempo, Individualização, Autonomia e Autocuidado, Conceito Positivo de Saúde, Prevenção, Qualidade de Vida, Medicina Integrativa, Segurança em Primeiro Lugar, Paixão e Compaixão, Uso Parcimonioso da Tecnologia) também são utilizadas na Teoria do Direito.

Não se imagina, por exemplo, um magistrado que produza uma decisão sem preservar a qualidade de vida do autor do processo judicial. Ou que desconsidere a sua segurança. Ou que não prestigie a prevenção.

Portanto, qualquer interpretação jurídica deve contemplar os princípios – no seu conteúdo e na extensão – da *Slow Medicine*. Isso promove a compreensão mais adequada do Direito à Saúde e permite o aprimoramento das decisões na Judicialização da Saúde.

4. Requisições administrativas e a Covid-19

A pandemia do Coronavírus – Covid-19 – impactou diretamente todos os setores da sociedade. Pessoas e patrimônios foram atingidos.

Na perspectiva estatal, a requisição administrativa é um dos instrumentos que a legislação prevê para promover mais proteção à saúde das pessoas.

Basicamente, são dois os fundamentos legais. O primeiro está na Lei nº 8080, de 1990:

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

¹⁰ Disponível em: <https://www.slowmedicine.com.br/principios/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

¹¹ Segundo Cesar Luiz Pasold Categoria é “a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia”. Disponível em: http://conversandocomoprofessor.com.br/artigos/arquivos/material_apoio_a_metodologia_cient%C3%8Dfica_e_a_valoriza%C3%87%C3%83o_da_produ%C3%87%C3%83o_academica_va_0417.pdf. Acesso em: 2 jul. 2020.



[...]

XIII – para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá **requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;** [grifado]

O segundo está fixado na Lei nº 13.979, de 2020, que trata das medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e estabelece:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

[...]

VII – requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa;

Assim, a requisição administrativa tem autorização normativa e serve exatamente para as situações de calamidade como a decorrente da Covid-19.

Os requisitos são: a) justa causa (a calamidade); b) requisição por ente público; c) justa indenização posterior (caso contrário seria confisco).

Mas não é só isso. É importante que o ente requisitante observe o princípio da proporcionalidade. Assim, a requisição: a) deve trazer algum benefício social; b) não pode ser excessiva (limitar-se àquilo que é suficiente para a finalidade pretendida); e c) não pode causar um dano maior (desabastecendo muitos para tutelar poucos).

Além disso, há casos de: a) abusos na utilização do instrumento da requisição; b) uso político; e c) não observância da competência concorrente dos entes públicos para tratar do tema¹².

¹² BOSELLI, André, SANTOS, Rafa. Epidemia da Covid-19 obriga Justiça a mediar batalha por respiradores. Consultor Jurídico. 30 Mar. 2020. Disponível em:



Portanto, é preciso verificar que não se pode, sem controle, substituir o processo normal de compra e venda – ainda que dispensado de licitação – pela requisição administrativa, pois sempre há discussão em relação ao valor da indenização futura (Qual é o preço justo?) e o uso indiscriminado da requisição resulta em prejuízo ao fornecedor e prestador do serviço.

Como se observa, a requisição administrativa é um poderoso instrumento à disposição da administração pública. Contudo, os casos teratológicos podem e devem ser corrigidos na via judicial.

5. Direito à Saúde Baseado em Evidências

A Saúde Baseada em Evidências foi um grande destaque da Covid-19.

Teses médicas foram defendidas por economistas, empresários e muitas celebridades, muitas vezes apresentadas com muita propriedade, sem receio de contestação. As *lives* na *internet* e em aplicativos foram o ápice da atuação dos alpinistas em saúde pública.

Da mesma forma, os políticos também ocuparam o seu espaço, colocando o ingrediente político nas Ciências da Saúde. Alguns, em poucas palavras, já tinham a resposta para todos os problemas da humanidade.

Nesse sentido, é interessante observar que o discurso jurídico brasileiro e a produção doutrinária pátria também produziram nos últimos anos o equivocado entendimento de que o Direito é autossuficiente. Nessa ideia, a teoria jurídica é capaz de resolver, por si só, todos os dilemas da vida em sociedade.

Entretanto, já advertiu Posner que “boa parte da produção teórica em matéria de direito é vazia de conteúdo”¹³. E que por isso não possui condições de dirimir os conflitos de interesse.

Manuel Atienza já fez a seguinte crítica sobre a produção jurídica e sobre os doutrinadores brasileiros:

<https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/pandemia-obriga-justica-mediatar-batalha-respiradores>. Acesso em: 9 abr. 2020.

¹³ POSNER, Richard A. **Fronteiras de teoria do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. VIII. Tradução Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara.



Posso estar equivocado, mas creio que esses pesquisadores (que compartilham as mesmas preocupações) muitas vezes não se conhecem entre si, ou se conhecem muito pouco. Os trabalhos que escrevem parecem estar, com frequência, orientados mais a um auditório de alemães ou de norte-americanos do que a juristas brasileiros. Há uma tendência a assumir posições excessivamente abstratas que não me parecem adequadas para dar resposta aos problemas que realmente importam¹⁴.

É exatamente essa percepção que se tem em relação ao Direito à Saúde. Ou seja, o isolacionismo da teoria jurídica (e dos doutrinadores) seria capaz de resolver todas as demandas causadoras da judicialização da saúde.

Isso se observou, em regra, pelas decisões judiciais dos tribunais pátrios e das Cortes Superiores. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já baseou muitas de suas decisões sobre o Direito à Saúde apenas com base na Teoria dos Direitos Fundamentais. Decisões proferidas com base em silogismos (esquecendo-se de que os conflitos sobre Direito à Saúde são policêntricos e se assentam em vários fatores – jurídicos e extrajurídicos).

Segue exemplo disso: “O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida”¹⁵.

Por isso, a Covid-19 trouxe nova reflexão sobre a importância da Saúde Baseada em Evidências (SBE), que auxilia na produção de decisão, com observância na eficácia, na efetividade, na eficiência e na segurança do produto, da tecnologia ou do medicamento postulado na via judicial.

A pandemia, portanto, permite propor a seguinte tese: Não é possível resolver uma questão sobre Direito à Saúde com a abordagem isolada da Teoria dos Direitos Fundamentais. É indispensável, por conseguinte, a construção de uma dogmática jurídica assentada na perspectiva do Direito à Saúde Baseado em Evidências.

¹⁴ ATIENZA, Manuel. Entrevista ao Consultor Jurídico. 05 Set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante>. Acesso em: 10 abr. 2020.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 801676 AgR/PE, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, julgado em 19/8/2014.



O Direito à Saúde Baseado em Evidências tem como base não apenas a teoria dos direitos fundamentais, mas também a Medicina Baseada em Evidências (BEM)¹⁶, que

é técnica específica para atestar com o maior grau de certeza a eficiência, efetividades e segurança de produtos, tratamentos, medicamentos e exames que foram objeto de diversos estudos científicos, de modo que os verdadeiros progressos das pesquisas médicas sejam transpostos para a prática¹⁷.

Vale dizer, é preciso superar a arrogância jurídica, política e econômica, segundo a qual as outras Ciências (Jurídica, Política, Econômica), por si só, contêm elementos suficientes para resolver todos os problemas levados ao Judiciário.

E o Direito não é autossuficiente porque é baseado em evidências!

Por fim, existe um espaço específico do conhecimento chamado Reserva de Ciência. Significa que há fatos que não podem ser alterados pelo Judiciário, em razão da impossibilidade fática e material.

Portanto, muitos temas das Ciências da Saúde (Medicina, Farmácia, entre outras) não podem ser transformados pelo magistrado, mesmo durante a pandemia. Tal proposta é apresentada por David Servetti, ao afirmar que existe a incidência de uma valoração técnico-científica de natureza sanitária sobre as atividades legislativa e judicial¹⁸.

Vale dizer, Judiciário e também o Executivo e o Legislativo não possuem capacidade de transformar a natureza das Ciências da Saúde.

Trata-se de importante reflexão para a judicialização da saúde, pois há questões das Ciências da Saúde as quais fogem da capacidade de regulação pelo Judiciário, em razão

¹⁶ SCHULZE, Clenio Jair. Medicina Baseada em Evidências. **Revista Empório do Direito**. Florianópolis, 23 Nov. 2015. Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/medicina-baseada-em-evidencias-por-clenio-jair-schulze/> Acesso em: 19 abr. 2020.

¹⁷ NETO, João Pedro Gebran e SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à Saúde**. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019.

¹⁸ SERVETTI, David e. **Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale**. Pisa: Pacini Editore Srl, 2019.



da impossibilidade fática e científica. Nesse caso, o magistrado não possui capacidade de regular, especialmente quando implica alterar a natureza das coisas.

Portanto, a Reserva de Ciência é uma teoria necessária para aplicação na Judicialização da Saúde, principalmente quando existir dúvida hermenêutica para a resolução dos casos. E, mesmo diante da pandemia, é preciso respeitar tal perspectiva.

6. Tutela Sanitária Preventiva

A prevenção é uma importante dimensão do Direito à Saúde, pois materializa a necessidade de adoção de medidas para evitar danos e melhorar a qualidade sanitária das pessoas.

Por isso, a Constituição brasileira exige a criação de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos” (artigo 196)¹⁹.

Portanto, a prevenção é uma diretriz a ser adotada pelos gestores públicos.

Em época de pandemias, como a Covid-19, a Tutela Sanitária Preventiva é o fundamento adequado para impedir abusos e conduzir de modo equilibrado as políticas públicas.

A prevenção sanitária está assim delineada:

No início do século XX encontra instaurada a proteção sanitária como política de governo. E são hierarquizadas três formas – hoje clássicas – de prevenção: a primária, que se preocupa com a eliminação das causas e condições de aparecimento das doenças, agindo sobre o ambiente (segurança nas estradas, saneamento básico, por exemplo) ou sobre o comportamento individual (exercício e dieta, por exemplo); a secundária ou prevenção específica, que busca impedir o aparecimento de doença determinada, por meio da vacinação, dos controles de saúde, da despistagem; e a terciária, que visa limitar a prevalência de incapacidades crônicas ou de recidivas (Leavell e Clark, 1976). O Estado do Bem-Estar social da segunda metade do século XX reforça a lógica econômica, especialmente em decorrência da evidente interdependência

¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 abr. 2020.



entre as condições de saúde e de trabalho, responsabilizando-se pela implementação da prevenção sanitária²⁰.

Os princípios da prevenção e da precaução – muitos aplicados para a proteção do meio ambiente – também são invocáveis para a salvaguarda da Saúde.

Assim, é possível a adaptação do artigo 15 da Declaração Rio-92 à tutela sanitária, exigindo-se que, nos casos de ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir o Direito à Saúde.

O artigo 1º da Lei de Biossegurança também prevê a noção de prevenção e de precaução para a tutela do Direito à Saúde²¹.

Nesse contexto, a Tutela Sanitária Preventiva exige durante a pandemia de Covid-19 que os agentes públicos: a) tenham cautela na prescrição de tratamentos *off label* para combater o coronavírus, pois não se sabe quais são as consequências do seu uso; b) adotem medidas de isolamento social (horizontal), com a finalidade de evitar aglomeração de pessoas e a disseminação descontrolada do vírus; c) criem medidas de proteção específicas aos profissionais de saúde que estão em situação de vulnerabilidade, diante da atuação no *front* de combate à pandemia; d) ampliem as políticas de Saúde Mental, em razão do confinamento da população, evitando maiores danos.

Como se observa, é preciso rigor e eficiência dos agentes públicos (da União, dos Estados e dos Municípios) e da Sociedade para aplicação adequada da Tutela Sanitária Preventiva.

²⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi, VENTURA, Deisy de Freitas Lima. O princípio da precaução: dever do Estado ou protecionismo disfarçado? São Paulo Perspec. v.16. n. 2. São Paulo abr./jun. 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392002000200007&lng=pt&tng=pt. Acesso em: 3 abr. 2020.

²¹ BRASIL. Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 3 abr. 2020.



7. A Judicialização de vagas em UTI

A Judicialização da Crise da pandemia também contempla vários processos em que se postula a admissão ou internação em Unidade de Terapia Intensiva (UTI).

Trata-se de tema extremamente delicado, pois envolve vários aspectos, como: a) escassez de leitos de Unidade de Terapia Intensiva; b) alto custo de manutenção das pessoas em Unidade de Terapia Intensiva; c) dificuldade de controle e acompanhamento das internações, em razão da baixa publicidade e transparência na regulação; d) pouco tempo para análise dos pedidos judiciais, diante da premente necessidade do caso.

Ressalvadas regulamentações estaduais, municipais ou dos próprios hospitais, os juízes do Brasil, em regra, não adotam critérios objetivos para fundamentar a decisão judicial que analisa pedido de admissão em Unidade de Terapia Intensiva.

Assim, é importante observar a Resolução nº 2.156, de 2016, do Conselho Federal de Medicina. Trata-se de importante instrumento que poderá auxiliar os atores do sistema jurídico e, principalmente os juízes do Brasil na análise dos pedidos judiciais para internação em Unidade de Terapia Intensiva.

Um dos principais dispositivos do novo ato normativo é o artigo que estabelece uma ordem prioritária, de acordo com as características do caso²².

A Resolução determina que os pacientes enquadrados nas prioridades 2 e 4 devem ser encaminhados para unidades de cuidados intermediários – semi-intensivas – art. 7º, e em unidades de cuidados paliativos, aqueles classificados como prioridade 5 (art. 8º). Além disso, a decisão que admite o acesso à Unidade de Terapia Intensiva deve considerar: a) diagnóstico e necessidade do paciente; b) serviços médicos disponíveis na instituição; c) priorização de acordo com a condição do paciente; d) disponibilidade de leitos; e) potencial benefício para o paciente com as intervenções terapêuticas e prognóstico (art. 1º).

A atuação dos juízes deve ter como parâmetro de controle a decisão administrativa que admitiu, ou não, o acesso à Unidade de Terapia Intensiva. Essa decisão deve ser escrita e

²² BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução 2.156/2016 do Conselho Federal de Medicina. Estabelece os critérios de admissão e alta em unidade de terapia intensiva. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2156> . Acesso em: 2 jul. 2020.



sem discriminação por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política, deficiência, ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 9º).

A Resolução permite que os hospitais regulem a questão mediante a adoção de protocolos – desde que observem o ato do Conselho Federal de Medicina – de acordo com as especificidades e as realidades locais, de modo a permitir mais eficácia e eficiência da unidade.

Como se observa, no uso do seu poder normativo, o Conselho Federal de Medicina supriu lacuna normativa e passou a tratar desse importante tema para auxiliar não apenas os médicos intensivistas e os hospitais, mas também os atores do sistema de Justiça que, em razão da Judicialização da Saúde, debruçam-se nos casos em que se postula a admissão em Unidade de Terapia Intensiva.

Situações extremadas, contudo, são difíceis de controlar. Na Itália, no auge da pandemia Covid-19, pessoas acima de 65 anos tinham acesso previamente negado à internação em Unidade de Terapia Intensiva. Trata-se de situação realmente delicada.

Portanto, a Judicialização da Crise também precisa, em determinadas circunstâncias, de critérios sérios que respeitem as posições das Ciências da Saúde.

8 . Judicialização da Crise: entre a técnica e o sentimento

A Judicialização da Crise da pandemia também exige o debate sobre um ponto importante: os critérios de julgamento dos processos judiciais.

Nesse sentido, a tradição brasileira indica que há dois caminhos a seguir.

O primeiro deles é aquele em que o magistrado adota critérios técnicos, ou seja, expõe os fundamentos e conclui sua decisão com base em evidências científicas na área da saúde ou a partir da indicação clara e objetiva de razões admitidas por grande parte dos profissionais da saúde. Adotar tal posição significa seguir uma linha denominada jurisprudência técnica.

O segundo modelo existente é aquele em que o juiz supera os argumentos das ciências da saúde e invoca fundamento genérico e abstrato, de natureza principiológica, geralmente com a aplicação inadequada da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da razoabilidade, da Justiça. Nesse caso, tem-se a jurisprudência sentimental.



No âmbito da Judicialização da Saúde, o emprego do sentimentalismo é muito comum em razão da natureza social e da importância da intervenção na parte-autora do processo judicial. E com base nos argumentos abstratos, como já citados, superam-se os contratos celebrados na saúde suplementar, e também são desconsideradas normas estabelecidas em políticas públicas de saúde.

Segundo Costa:

A 'jurisprudência sentimental', isto é, a prática crescente de juizes que ignoram os termos de um acordo para beneficiarem a parte mais fraca, muito embora o consumidor tenha aderido ao contrato devidamente informado sobre o seu conteúdo. Um levantamento do Instituto de Pesquisas Econômicas e Aplicadas (Ipea), que ouviu 741 magistrados em 12 Estados, informa que 79% deles decidiriam pela quebra de um contrato para favorecer pessoas de baixa renda²³.

Na Judicialização da Saúde Suplementar Sperandio assenta que,

Diante da mitigação da autonomia da vontade, houve a consolidação de uma jurisprudência sentimental nos tribunais pátrios, no sentido de que praticamente toda cláusula de exclusão de cobertura é tida como abusiva. Este primado do sentimentalismo ignora os reflexos econômicos a serem suportados pelas operadoras de saúde – as quais, como era inevitável, reduziram a oferta e aumentaram os preços²⁴.

Assim, a Jurisprudência da Crise precisa prestigiar a análise técnica das questões com a finalidade de evitar erros e frustrar a expectativa da Sociedade.

Considerações finais

O texto indicou claramente que há vários pontos que precisam ser levados ao debate na Judicialização da Crise decorrente da Covid-19, com a finalidade de construção de um novo cenário.

²³ MARTINS-COSTA, Judith. **Sobre o princípio da insolidariedade**: Os cumes das montanhas e os universos submersos. Disponível em <https://periodicos.ufsm.br/letras/article/viewFile/11916/7337>. Acesso em: 10 abr. 2020.

²⁴ SPERANDIO, Luan. **Como o intervencionismo estatal está destruindo o mercado de saúde privado brasileiro**. Disponível em https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2699#_ftn11. Acesso: 12 jun. 2020.



Ou seja, o Direito à Saúde não pode ser tratado sem a discussão séria relativa à atuação do Poder Judiciário, que precisa observar e respeitar as conclusões apresentadas pelo movimento *Slow Medicine* e pelas Ciências da Saúde.

Vale dizer, o sucesso da Judicialização da Crise depende da aplicação equilibrada do Direito à Saúde Baseado em Evidências.

Trata-se de proposta para levar a sério a Judicialização da Saúde no Brasil.

Referências

ATIENZA, Manuel. **Revista Consultor Jurídico**. 05 Set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BOBBIO, Marco. **O doente imaginado**: os riscos de uma medicina sem limites. Tradução Mônica Gonçalves. São Paulo: Bamboo Editorial, 2016. Título original: *Il Malato Immaginato*.

BOSELLI, André, SANTOS, Rafa. Epidemia da Covid-19 obriga Justiça a mediar batalha por respiradores. **Revista Consultor Jurídico**. 30 Mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/pandemia-obriga-justica-mediador-batalha-respiradores>. Acesso em: 9 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 abr. 2020.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina**. Resolução 2.156/2016 do Conselho Federal de Medicina. Estabelece os critérios de admissão e alta em unidade de terapia intensiva. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2156>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRASIL. **Lei 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível



em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 3 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 801676 AgR/PE, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, julgado em 19/8/2014.

DALLARI, Sueli Gandolfi, VENTURA, Deisy de Freitas Lima. O princípio da precaução: dever do Estado ou protecionismo disfarçado? **São Paulo Perspec.** v.16. n. 2. São Paulo abr./jun. 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392002000200007&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 3 abr. 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. **Sobre o princípio da insolidariedade:** Os cumes das montanhas e os universos submersos. Disponível em <https://periodicos.ufsm.br/letras/article/viewFile/11916/7337>. Acesso em: 10 abr. 2020.

NETO, João Pedro Gebran e SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à Saúde.** 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019.

POSNER, Richard A. **Fronteiras de teoria do direito.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. VIII. Tradução Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara.

SERVETTI, Davi de. **Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale.** Pisa: Pacini Editore Srl, 2019.

SCHULZE, Clenio Jair. **Judicialização da saúde no Século XXI.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.

SCHULZE, Clenio Jair. Números de 2019 da judicialização da saúde no Brasil. Revista *Empório do Direito*. 02 Set. 2019. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/numeros-de-2019-da-judicializacao-da-saude-no-brasil>. Acesso em: 20 jul. 2020.

SCHULZE, Clenio Jair. Medicina Baseada em Evidências. **Revista Empório do Direito.** Florianópolis, 23 Nov. 2015. Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/medicina-baseada-em-evidencias-por-clenio-jair-schulze/>. Acesso em: 19 abr. 2020.





SPERANDIO, Luan. **Como o intervencionismo estatal está destruindo o mercado de saúde privado brasileiro.** Disponível em https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2699#_ftn11. Acesso em: 10 abr. 2020.







PANDEMIA E SAÚDE SUPLEMENTAR: REFLEXÕES À LUZ DAS NORMAS DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS)

ANGÉLICA CARLINI

Angélica Carlini

Doutora em Direito Político e Econômico. Doutora em Educação. Mestre em Direito Civil. Mestre em História Contemporânea. Pós-Doutorado em Direito Constitucional. Graduada em Direito. Docente do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Paulista – UNIP. Advogada. Sócia e Diretora da Carlini Sociedade de Advogados. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Contratual – IBDCONT. Membro do Conselho Científico do Comitê Ibero Latino Americano da Associação Internacional de Direito do Seguro – AIDA. Consultora da Confederação Nacional das Empresas de Seguro – CNSeg na área de Relações de Consumo.



Introdução

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), pandemia é a disseminação mundial de uma nova doença, e o termo passa a ser usado quando uma **epidemia** – surto que afeta uma região –, se espalha por diferentes continentes com transmissão sustentada de pessoa para pessoa.

Ao longo da história¹, o mundo já vivenciou epidemias e pandemias, como a Peste de Atenas, 428 a.C., que hoje se sabe foi um episódio de contaminação por febre tifoide; Peste Antonina, 166 d.C., que causou enorme devastação em Roma e foi uma forma de varíola; Peste do Século III ou Peste de Cipriano, 251 a 266 d.C., que se acredita fosse um tipo de varíola ou sarampo; Peste de Justiniano ou Peste Justiniana, 541 d.C., durante o império de Justiniano, que se admite tenha sido peste bubônica; Peste Negra, 1.334, que foi uma contaminação por peste bubônica e serviu de inspiração para que Alberto Camus, autor premiado com o Nobel de Literatura, escrevesse um de seus mais famosos livros *A Peste*; e a Gripe Espanhola, uma forma de influenza que se abateu sobre a humanidade, no período de 1918 a 1920, após a I Guerra Mundial, e que matou mais que a própria guerra, ou seja, cerca de 50 milhões de pessoas ou quase $\frac{1}{4}$ da população mundial daquela época².

As consequências sociais, econômicas, políticas e institucionais da pandemia de Coronavírus certamente vão merecer estudos sistematizados durante os próximos muitos anos. Neste trabalho, o objetivo é reportar e analisar os impactos da pandemia para o setor de saúde suplementar, à luz de decisões adotadas por seu órgão regulador: a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

A experiência única vivenciada pelos diferentes povos da Terra durante a pandemia do Coronavírus e todas as lições que dessa experiência pudemos extrair deverão ser utilizadas para o aprimoramento das instituições, públicas e privadas, em todas as áreas da organização social e econômica, para a criação de novos instrumentos para prevenção e tratamento de situações de contágio pandêmico como esta que estamos vivendo. Somente assim faremos justiça a milhões de vidas ceifadas e a todos aqueles que passaram pela angústia da contaminação e do tratamento, sem saber ao certo se conseguiriam sobreviver.

¹ REZENDE, JM. À sombra do plátano: crônicas de história da medicina [online]. São Paulo: Editora Unifesp, 2009. As grandes epidemias da história. pp. 73-82. ISBN 978-85-61673-63-5. Available from SciELO Books. Acesso em: 25 jul. 2020.

² Uma Comparação entre a Pandemia de Gripe Espanhola e a Pandemia de Coronavírus. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/coronavirus/base/uma-comparacao-entre-a-pandemia-de-gripe-espanhola-e-a-pandemia-de-coronavirus/>. Acesso em: 25 jul. 2020.



Assim com a experiência de uma guerra ou de um desastre natural de grandes proporções, as experiências dolorosas devem ser úteis para nos tornarmos mais preparados para a prevenção e, conseqüentemente, para o tratamento. As pandemias vividas ao longo da história da humanidade já sinalizavam para a necessidade de prevenção e, muito em especial, indicavam que prevenção só pode ser construída em ambientes de menor desigualdade social nos quais não haja tanta miséria com suas conseqüências muito conhecidas que são sempre a precária qualidade de alimentação, moradia, saneamento e educação das populações de pouca renda. Infelizmente, não foram lições que a humanidade tenha aprendido e, neste momento, é preciso assumir o compromisso de trabalhar pela melhoria da qualidade de vida das populações carentes para podermos prevenir com eficiência novos episódios de contaminação no futuro.

2. Saúde Suplementar é Mutualismo!

Saúde Suplementar é um contrato individual que se sustenta na existência de uma coletividade de usuários que contribuem para a formação de um fundo mutual, do qual serão extraídos os valores necessários para pagamento dos serviços de saúde que os usuários utilizem ao longo do período de vigência do contrato.

O papel das operadoras de saúde é organizar e administrar esses fundos mutuais, de modo que eles sempre tenham recursos para o pagamento dos serviços de saúde de que os usuários necessitem. Em outras palavras, a organização e a administração dos fundos mutuais devem ser feitas com objetivo de garantir a solvência, a existência de recursos suficientes para custeio dos serviços de saúde utilizados, sejam consultas ou exames de laboratório ou cirurgias e internações.

Na saúde suplementar brasileira não há financiamento nem poupança individual; o sistema é de repartição simples porque tudo que é recebido é utilizado para pagamento dos serviços de saúde e para as despesas de administração da atividade.

Sandro Leal Alves³, economista, ensina que

O seguro é um instrumento desenvolvido para atender a demanda das pessoas pela redução dos riscos. Já que nem sempre é possível eliminá-los, muitas vezes é possível dividi-lo com outras pessoas que também se encontram na mesma situação. Diversificando o risco, ou seja, não colocando todos

³ ALVES, Sandro Leal. *Fundamentos, Regulação e Desafios da Saúde Suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015, p. 42.



os ovos na mesma cesta, é possível reduzir a variabilidade da ocorrência do evento incerto tornando-o mais previsível. O mutualismo foi o termo pinçado da biologia pela literatura securitária para definir a cooperação entre indivíduos mediante a agregação de seus riscos. Na Biologia, quando a interação entre duas espécies proporciona ganhos recíprocos decorrentes da associação entre elas, há mutualismo.

O seguro fornece, nestes termos, uma possibilidade mutuamente benéfica ao reduzir o custo do risco para os segurados que se dispõem a contribuir para um fundo comum em troca da garantia de acesso a estes recursos na eventual ocorrência de infortúnios individuais. Se a troca é voluntária, como ensinam os manuais de Economia, a realização do comércio é um jogo de soma positiva em que todos os agentes envolvidos ganham, melhorando sua situação. O seguro contribuiu para a alocação dos riscos da sociedade permitindo que um agente avesso ao risco consiga transferi-lo, mediante o pagamento de um prêmio de risco, para um agente comprador de riscos que é a seguradora.

É preciso ressaltar que a expressão “compra de risco” por parte do segurador, operadora de saúde, neste caso específico, tem sentido figurado, e não lato. De fato, a operadora de saúde não assume o risco da doença pelo usuário, mas o risco dos pagamentos dos valores que será preciso despende para o tratamento do usuário. Essa é a melhor compreensão para a expressão “transferência de riscos”, ou seja, o que se transfere são os riscos econômicos, os riscos do custeio do tratamento de saúde a que o usuário terá de se submeter e que, para não afetar diretamente seu patrimônio pessoal, contrata seguro para compartilhar esse risco com outros usuários de forma organizada e administrada pelo segurador.

A Saúde Suplementar é uma modalidade de seguro porque atua ancorada em fundos mutuais organizados e administrados pelas operadoras de saúde. A operadora recebe o valor das mensalidades e dá a eles duas destinações: (i) custeio das despesas assistenciais dos usuários; (ii) pagamento das despesas administrativas da operadora, das despesas com distribuição (comissão de corretores de seguros intermediários da operação) e remuneração do capital investido pelos acionistas ou sócios das operadoras. O valor para pagamento das despesas assistenciais pertence aos usuários e será inteiramente destinado a exames, consultas, cirurgias, internações, medicamentos, dispositivos médicos implantáveis, entre outros.

3. Saúde Suplementar e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)

Esse sistema de saúde suplementar é autorizado pelo artigo 199 da Constituição Federal, normatizado pela Lei nº 9.656, de 1998, e regulado pela Agência Nacional de



Saúde Suplementar, criada pela Lei nº 9.661, de 2000, que é uma autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro e atuação em todo o território nacional.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar é o órgão de **regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde**. A natureza de autarquia especial conferida à Agência Nacional de Saúde Suplementar é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos; **autonomia nas suas decisões técnicas; e mandato fixo de seus dirigentes**.

A finalidade institucional da Agência Nacional de Saúde Suplementar é promover a **defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde**, regulando as operadoras setoriais, até mesmo quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o **desenvolvimento das ações de saúde no País**.

Como todas as agências, a Agência Nacional de Saúde Suplementar está sujeita ao controle do poder executivo por meio do Ministério da Saúde; do poder legislativo pelo Tribunal de Contas em conformidade com o artigo 71, inciso II, da Constituição Federal; e do poder judiciário por meio de ações de improbidade administrativa ou qualquer outra prevista em lei, até mesmo proposta por operadoras de saúde, além das ações populares, ação civil pública, mandado de segurança, habeas data e outras.

A Lei nº 9.656, de 1998, criou três categorias de contratos de saúde suplementar: (i) **contratos antigos** que não são regulamentados pela lei, ou seja, todos aqueles firmados antes de 2 de janeiro de 1999, quando a lei entrou em vigor e não tenham sido a ela adaptados. São contratos que não podem mais ser comercializados pelas operadoras nem transferidos pelos usuários, mas nos quais pode haver inclusão de cônjuge e filhos. Não estão sujeitos ao rol de procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar, e as coberturas e reajustes são aqueles fixados no contrato; (ii) **contratos antigos adaptados à nova lei** que garantem aos usuários todos os procedimentos e eventos em saúde especificados no rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar; (iii) **contratos novos ou regulamentados** que são os que foram firmados após 2 de janeiro de 1999. Todos os contratos desse tipo têm registro na Agência Nacional de Saúde Suplementar e estão sujeitos à regulação.

4. Números da Saúde Suplementar no Brasil

Na atualidade, o setor de saúde suplementar conta com 46.829.760 usuários somente em saúde, sem computar os usuários de planos exclusivamente odontológicos. Destes, 8.950.091 são planos individuais ou familiares; 6.182.516 são planos coletivos por



adesão; e 31.609.237 são usuários de planos coletivos empresariais⁴.

O sistema tem 713 operadoras em atividade, sendo 9 seguradoras; 237 medicina de grupo; 280 cooperativas médicas; e 152 em autogestão. Além disso, ainda existem as filantrópicas e as administradoras de benefício.

Mais de 30% da cobertura estão nos estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo e São Paulo; 20% a 30%, no Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul e Minas Gerais; 10% a 20%, em Mato Grosso, Goiás, Distrito Federal, Bahia, Pernambuco, Sergipe, Ceará, Alagoas, Paraíba, Rio Grande do Norte e Piauí; e 5% nos estados do Tocantins, Rondônia, Acre, Maranhão, Pará, Amapá e Roraima.

O quadro de receitas e despesas merece especial atenção⁵:

	1º Trim./2019	1º Trim./2020
Receita de contraprestações	50.424.945.844	54.750.139.041
Outras receitas operacionais	3.203.477.394	2.846.083.609
Despesa assistencial	40.154.222.866	43.012.536.283
Despesa administrativa	4.902.992.171	5.081.644.259
Despesa comercialização	1.431.669.476	1.611.736.418
Outras despesas operacionais	4.127.377.416	4.471.947.424
Taxa de <u>sinistralidade</u>	79.6%	78.6%

Os números de procedimentos realizados em 2019, segundo a Agência Nacional de Saúde Suplementar⁶, estão assim distribuídos:

⁴ Sala de Situação da ANS. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/sala-de-situacao>. Acesso em: 27 jul. 2020.

⁵ Sala de Situação da ANS. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/sala-de-situacao>. Acesso em: 27 jul. 2020.

⁶ Mapa Assistencial. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/5652-em-2019-beneficiarios-de-planos-de-saude-realizaram-1-62-bilhao-de-procedimentos>.



Procedimentos	Número de ocorrências
Consultas	277.547.948
Outros atendimentos	158.837.908
Exames complementares	916.537.839
Terapias	72.051.896
Internações	8.639.578
Procedimentos odontológicos	182.781.826
TOTAL	1.616.396.995

É relevante conhecer a distribuição dos principais procedimentos e eventos em saúde utilizados pelos usuários de planos de saúde no Brasil⁷.

Segundo dados da Federação das Seguradoras de Saúde (FENASAÚDE)⁸, o setor de

⁷ **Mapa Assistencial ANS.** Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/5061-em-2018-beneficiarios-de-planos-de-saude-realizaram-1-57-bilhao-de-procedimentos>. Acesso em: 27 jul. 2020.

Consultas: Em consultas médicas ambulatoriais, a especialidade **clínica médica** liderou o número de ocorrências dentre as especialidades detalhadas pelas operadoras, totalizando 27.062.874 procedimentos em 2018. Em seguida, vêm as especialidades **ginecologia e obstetria**, com 19.737.282 ocorrências, e **pediatria**, com 16.665.256 ocorrências.

Outros atendimentos ambulatoriais: O maior número de ocorrências nessa segmentação (dentre os tipos detalhados pelas operadoras) foi **consulta com fisioterapeuta**, que totalizou 47.133.272 atendimentos, seguido por **consulta com psicólogo**, que totalizou 6.703.304 atendimentos.

Terapias: **Hemodiálise crônica** liderou o número de procedimentos entre os tipos que são obrigatoriamente detalhados pelas operadoras, totalizando 2.281.463 ocorrências.

Exames: O exame mais realizado em 2018 (na lista dos que devem ser detalhados pelas operadoras) foi **radiografia**, com 31.823.039 ocorrências, seguido por **hemoglobina glicada** (13.490.622 ocorrências) e **ressonância magnética** (7.904.467 ocorrências).

Destaca-se também o expressivo número de exames de **tomografia computadorizada** (7.386.876) realizados em 2018.

Tipo de internações: Dentre os diferentes tipos de internações (clínica, cirúrgica, obstétrica, pediátrica e psiquiátrica), o maior número foi **cirúrgica** (3.492.750 ocorrências, sendo que, dessas, 49.521 foram para bariátrica).

Causas de internações: Dentre as causas selecionadas de internações (neoplasias, diabetes mellitus, doenças do aparelho circulatório, doenças do aparelho respiratório e causas externas), o maior número foi relacionado a **doenças do aparelho respiratório**, com 506,6 mil ocorrências, seguido por **doenças do aparelho circulatório** (465.845 ocorrências).

⁸ Uma Nova Saúde Suplementar para Mais Brasileiros. Disponível em: https://issuu.com/confederacaoocnseg/docs/uma_nova_saude_suplementar_para_mais_brasileiros_w?fr=sZWJlYjY0MjUwNg. Acesso em: 20 jul. 2020.

saúde suplementar utiliza a prestação de serviços de 78% dos médicos brasileiros; 138 mil estabelecimentos ambulatoriais; é responsável por 91% das receitas dos hospitais; e por 80% das receitas dos laboratórios de exames.

Esses dados permitem avaliar a amplitude da saúde suplementar no Brasil e os impactos que a pandemia do coronavírus causou para o setor.

5. Pandemia de Coronavírus e Impactos na Saúde Suplementar

Decretada a pandemia pela Organização Mundial da Saúde e o estado de calamidade pública pelo governo brasileiro, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) adotou medidas emergenciais para facilitar o atendimento dos usuários e o trabalho das operadoras de saúde durante o período de pandemia.

Algumas medidas merecem melhor reflexão neste trabalho: (i) suspensão e retomada dos prazos de atendimento nos termos da Resolução Normativa nº 259, de 2011; (ii) autorização de atendimento por telessaúde; (iii) mudança no rol de procedimentos e atendimento em saúde para inclusão de exames de verificação de contaminação por coronavírus; (iv) liberação de valores das reservas técnicas para utilização das operadoras mediante contrapartida.

5.1. Suspensão e retomada dos prazos de atendimento fixados pela Resolução Normativa nº 259, de 2011

Em razão da decretação da pandemia pela Organização Mundial de Saúde e do estado de calamidade pública pelo governo federal, a Agência Nacional de Saúde Suplementar decidiu prorrogar em caráter excepcional os prazos máximos de atendimento para realizações de consultas, exames, terapias e cirurgias eletivas. Os prazos prorrogados são aqueles fixados na Regulação Normativa nº 259, de 2011.

Os prazos fixados na Regulação Normativa nº 259 foram mantidos para os casos em que os tratamentos não podiam ser interrompidos ou adiados por colocarem em risco a vida do paciente: atendimentos relacionados ao pré-natal, parto e puerpério; doentes crônicos; tratamentos continuados; revisões pós-operatórias; diagnóstico e terapias em oncologia, psiquiatria e tratamentos cuja não realização ou interrupção pudessem colocar em risco o paciente, conforme declaração do médico responsável por este. Também ficaram mantidos os atendimentos de urgência e emergência com suas respectivas coberturas (ambulatorial e/ou hospitalar).

Não foram proibidos os atendimentos, mas a extensão dos prazos sinalizava a necessidade de adoção de maiores cuidados em benefício da prevenção do contágio.



No dia 10 de junho de 2020, a Agência Nacional de Saúde Suplementar publicou resolução determinando o retorno dos prazos em conformidade com a Regulação Normativa nº 259, de 2011. Akemi Nitahara informou no portal da Agência Brasil de Notícias⁹ que,

Segundo a ANS, diversas sociedades médicas e representações de prestadores de serviços “asseguram que os estabelecimentos de saúde estão organizados e têm condições adequadas de atender à demanda por procedimentos e cirurgias eletivas (não considerados urgentes), sem prejudicar o atendimento aos casos de Covid-19”.

Representantes de todo o setor participaram, na quarta-feira passada (3), de reunião extraordinária da Câmara de Saúde Suplementar (CAMSS) e, segundo a ANS, houve consenso sobre a retomada dos prazos. Segundo o diretor-presidente substituto, Rogério Scarabel, a análise do cenário foi criteriosa, e os prazos de atendimento serão monitorados.

“A ANS fez uma análise bastante criteriosa para embasar a sua tomada de decisão, realizando uma avaliação conjunta de todas as informações e manifestações expressas pelas autoridades de saúde e pelo setor regulado. Somente após considerar todos esses elementos e pensando fundamentalmente na saúde e na segurança dos pacientes, recomendamos a retomada dos prazos regulares de atendimento.”

De fato, os hospitais organizaram formas de atendimento seguras para pacientes com suspeita de contaminação e àqueles que não tinham sintoma algum, e por isso mesmo podiam ser atendidos noutras dependências do hospital, devidamente organizadas para garantia da prevenção de contágio. Por essa razão, foi possível retornar ao atendimento nos prazos fixados na regulação.

Apesar dos esforços da Agência Nacional de Saúde Suplementar e do setor de saúde suplementar para atendimento eficiente, mesmo durante a pandemia, surgiram conflitos em relação à compreensão dos prazos de carência e aplicação aos regimes de urgência e emergência.

Carência é o período durante o qual a seguradora está **isenta de pagamento dos riscos segurados**, pelas apólices de vida, acidentes pessoais ou de saúde contratadas pelo

⁹ Akemi Nitahara. *ANS restabelece prazos fixados na pandemia*. Disponível em: <https://agencia.brasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-06/ans-restabelece-prazos-de-atendimento-flexibilizados-na-pandemia>. Acesso em: 27 jul. 2020.9



segurado. Trata-se de **mecanismo dos contratos de seguro para impedir a fraude**, ou seja, impedir que a pessoa contrate o seguro somente quando tem certeza de que o risco é iminente ou que tem grandes possibilidades de ocorrer. É, portanto, um recurso administrativo legal das operadoras de saúde.

No Brasil, os planos de saúde são segmentados em: (i) **plano AMBULATORIAL**, que dá ao usuário direito a consultas com profissionais de saúde, exames, procedimentos e tratamentos em regime ambulatorial ou não requeiram estrutura hospitalar por período superior a 12 horas. Não cobre internação hospitalar; (ii) **plano HOSPITALAR** que dá ao usuário o direito de atendimento durante a internação hospitalar, mas não tem cobertura ambulatorial para consultas e exames; (iii) **plano HOSPITALAR COM OBSTETRÍCIA**, aquele em que, além do regime de internação hospitalar, também está incluída a atenção ao parto e garantia assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do contratante, ou de seu dependente, durante os primeiros 30 dias após o parto. A opção pela cobertura pode ser feita por titulares mulheres e também homens; e (iv) plano **REFERÊNCIA**, aquele que engloba assistência médico-ambulatorial e hospitalar com obstetrícia e acomodação em enfermaria. O atendimento de urgência e emergência deve ser integral após o período de 24 horas de sua contratação.

Urgência e emergência são conceitos definidos pela Lei nº 11.935, de 2009, que assim determinou:

Art. 1º O art. 35-C da Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 35-C – É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:
 I – de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;
 II – de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional;
 III – de planejamento familiar.

Os prazos de carência fixados pela lei para os planos de saúde são:

- a) Casos de urgência (acidentes pessoais ou complicações no processo gestacional) e emergência (risco imediato à vida ou lesões irreparáveis) – 24 horas;
- b) Partos a termo (entre a 38ª e 42ª semana de gestação) – excluídos os partos prematuros e decorrentes de complicações no processo gestacional – 300 dias;
- c) Partos pré-termo (entre 22ª e 37ª semana de gestação) – 180 dias;
- d) Consultas, exames, internações, cirurgias – 180 dias.



Urgência e emergência são tratadas em conformidade com a segmentação do plano de saúde contratado. Assim, se o plano for ambulatorial, o atendimento fica limitado às primeiras 12 horas, se ultrapassado esse período e caso haja necessidade de internação, a cobertura cessa e as despesas passam a correr por conta do paciente.

Nos planos da segmentação hospitalar, após 24 horas de sua contratação, a operadora de planos de saúde deve garantir a cobertura aos atendimentos de urgência e emergência. Em situações de emergência, o atendimento durante os períodos de carência pode ser limitado às primeiras 12 horas, e, segundo a Agência Nacional de Saúde Suplementar, a operadora terá liberdade para decidir se estende, ou não, este prazo. Já o atendimento de urgência, decorrente de acidente pessoal, deve ser garantido, sem restrições, após 24 horas da vigência do contrato.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar determina que, ultrapassado o prazo de 12 horas ou quando verificada a necessidade de internação, cessa a responsabilidade financeira da operadora. Será de responsabilidade da operadora, no entanto, arcar com a remoção do paciente para uma unidade de atendimento do Sistema Único de Saúde, para que possa haver continuidade do atendimento. A responsabilidade da operadora sobre o paciente só encerra quando efetuado o registro na unidade de destino. Se o paciente ou seus responsáveis optarem e autorizarem a continuidade do atendimento em unidade que não seja a do Sistema Único de Saúde, a operadora estará desobrigada da responsabilidade médica e financeira da remoção. Se não houver remoção devido ao risco de morte, o beneficiário e o hospital deverão negociar a responsabilidade financeira da continuidade da assistência, e a operadora fica desobrigada desse dever.

Esses conceitos são relevantes para análise de algumas situações concretas em que usuários, em período de carência durante a pandemia de Coronavírus, pretenderam ser atendidos em caráter de urgência ou emergência e angariarem o direito à internação hospitalar para tratamento, mesmo em contratos de segmentação ambulatorial.

A flexibilização de regras de contratação e a utilização criadas para permitir cálculos atuariais e estatísticos para determinação de probabilidades e, conseqüentemente, de alocação de recursos necessários para o custeio da assistência de todos os usuários que se encontram organizados no mesmo fundo mutual, podem não ser uma medida positiva em razão dos prejuízos que vão gerar para os próprios usuários.

5.2. Autorização para o uso de tele saúde

O Conselho Federal de Medicina (CFM) autorizou o uso da telemedicina durante a pandemia da Covid-19. A medida tem caráter excepcional e valerá até o fim da luta contra a disseminação da doença, segundo o Ofício CFM nº 1.756, de 2020. Ficou



determinado, ainda, que a Resolução CFM nº 1.643, de 26 de agosto de 2002, continua em vigor.

O ofício do Conselho Federal de Medicina autorizou a realização de três práticas de telemedicina, assim definidas:

- a) Teleorientação: aquela em que os profissionais realizam à distância a orientação e o encaminhamento de pacientes em isolamento;
- b) Telemonitoramento: que é o monitoramento ou vigência à distância de parâmetros de saúde e/ou doença; e
- c) Teleinterconsulta: que é a troca de informações e opiniões entre médicos, para auxílio diagnóstico ou terapêutico.

Ocorre que alguns Conselhos Regionais de Medicina, como o do Estado do Rio de Janeiro¹⁰, por exemplo, adotaram norma diferente daquela do Conselho Federal. Na Resolução nº 305, de 2020, do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro ficou definido que:

Art. 2º A telemedicina é composta pelas seguintes modalidades de atendimento médico:

- a) Teleorientação - avaliação remota do quadro clínico do paciente, para definição e direcionamento do paciente ao tipo adequado de assistência que necessita;
- b) Telemonitoramento – ato realizado sob orientação e supervisão médica para monitoramento ou vigência à distância de parâmetros de saúde e/ou doença;
- c) Teleinterconsulta - troca de informações (clínicas, laboratoriais e de imagens) e opiniões entre médicos, para auxílio diagnóstico ou terapêutico; e
- d) Teleconsulta - a troca de informações (clínicas, laboratoriais e de imagens) com possibilidade de prescrição e atestado médico.

No artigo 5º da Resolução nº 305, de 2020, o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro determinou que a teleconsulta só fosse autorizada para pacientes que já são atendidos pelo médico, sendo vedada a realização da primeira consulta de forma não presencial.

¹⁰ Resolução CREMERJ 305 de 2020. Disponível em: <https://www.cremelj.org.br/resolucoes/exibe/resolucao/1435>. Acesso em: 27 jul. 2020.



Em nota técnica que recebeu o nº 06, de 2020, a Agência Nacional de Saúde Suplementar entendeu que,

6.1. Por todo o exposto, considerando que os atendimentos realizados por meio de comunicação à distância não se caracterizam como novos procedimentos, mas apenas como uma modalidade de atendimento não presencial, esta área técnica entende que não se faz necessário nem adequado atualizar o Rol de Procedimentos e Eventos de Saúde no que tange à inclusão de procedimentos (anexo I) e/ou alteração de diretrizes de utilização (Anexo II), nem tampouco às regras de cobertura dispostas na RN 428/2017, devendo-se considerar que os atendimentos por meio de telessaúde já são de cobertura obrigatória, na medida em que cumprem as orientações normas dos Conselhos Profissionais de Saúde e/ou do Ministério da Saúde.

Talvez seja possível alegar que a telessaúde será o maior legado do período de pandemia de Coronavírus para a relação entre as operadoras de saúde e seus usuários. A realidade é que anteriormente à pandemia algumas operadoras já utilizavam atendimento remoto para facilitar a interação entre usuários e médicos, porém não de forma tão maciça como neste momento. A percepção dos analistas do setor é a de que a telessaúde é um caminho sem volta, ou seja, a pandemia vai fazer com que seja adotada de forma regular mesmo após a superação desse momento de prevenção à contaminação.

O doutor Chao Lung Wen afirma, em seu artigo *Telemedicina do Presente para o Ecossistema de Saúde Conectada 5.0*¹¹ que

A TM é uma evolução natural dos cuidados de saúde no processo da transformação digital da sociedade como um todo. A cada dia, torna-se mais indiscutível a capacidade que ela tem de melhorar a qualidade, a equidade e a acessibilidade. Vale destacar que não existe competição entre medicina e TM. O que realmente existe é a possibilidade de evolução e aceleração exponencial da medicina para a medicina conectada com o uso da TM. Não podemos esquecer da importância de implantar a TM Ética e Responsável com definição de diretrizes que possibilitem garantir qualidade para realização do “Tele Atos

¹¹ WEN, ChaoLung. *Telemedicina do Presente para o Ecossistema de Saúde Conectada 5.0*. Disponível em: https://www.iess.org.br/cms/rep/Telemedicina_Chao.pdf. Acesso em: 27 jul. 2020.



Médicos” e sigilo dos dados que estão nessa relação médico-paciente.

(...)

A TM deve ser vista como um ato médico, como um trabalho do médico que, embora seja executado de forma remota, deve possuir uma metodologia que reconheça suas atribuições e estabeleça competências éticas fundamentais para seu desempenho. Tomando como base a definição de consulta médica estabelecida pelo Conselho Federal de Medicina temos as seguintes etapas: anamnese, exame físico, hipóteses diagnósticas, solicitação de exames complementares, quando necessários, e prescrição terapêutica, como componentes essenciais de uma consulta convencional.

Ao se configurar como um ato médico, ou seja, existindo para o profissional a mesma responsabilidade de uma consulta convencional, o uso da TM só se tornou possível devido a protocolos e ensaios clínicos que comprovaram sua eficácia e equivalência com o atendimento presencial.

Assim como acontece com os novos recursos para saúde ou novas terapias, é preciso testar e comparar à luz das evidências.

O Projeto de Lei nº 1.998, de 2020, da deputada federal Adriana Ventura, autoriza e define a prática de telemedicina em todo o território nacional. O projeto se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados e define telemedicina como a transmissão segura de dados e informações médicas por meio de texto, som, imagem ou outras formas necessárias para a prevenção, diagnóstico, tratamento, incluindo prescrição medicamentosa e acompanhamento de pacientes. Além disso, o projeto determina que a telemedicina obedeça aos princípios da autonomia, da beneficência, da justiça e da não maleficência, da ética, da liberdade e independência do médico e da responsabilidade digital.

Em que pesem aos esforços legislativos para a regulação da telemedicina no Brasil, parece ser oportuno perguntar se é efetivamente necessária uma lei para autorizar a prática dessa modalidade de cuidado médico. Já existe o Código de Ética Médica que foi atualizado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.217, de 2018, que fixa os princípios fundamentais da atuação do profissional de medicina e a prática do ato médico. Já foi aprovada no Brasil a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709, de 2018, que fixa as diretrizes para a proteção dos dados pessoais e dos dados pessoais sensíveis, até mesmo na área de saúde. Temos a Constituição Federal com extensa e necessária proteção aos direitos fundamentais individuais e coletivos, e o Brasil é signatário da Declaração de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA). O Código Civil brasileiro contém proteção expressa aos direitos da personalidade.



O arcabouço legal necessário para práticas de telemedicina que respeitem a autonomia do ato médico e a dignidade da pessoa humana já estão sedimentadas na legislação brasileira, sem que pareça necessário um novo dispositivo legal para essa finalidade específica e que, a rigor, vai apenas repetir os fundamentos já determinados pelos instrumentos legais existentes.

A realidade é a de que as práticas de telessaúde se consolidaram na sociedade contemporânea e, além da medicina, áreas como psicologia¹², fonoaudiologia¹³, fisioterapia e terapia ocupacional¹⁴ já regularam a utilização de meios interconectados para a prática de suas atividades, reforçando a sinalização de que se trata de prática que prosseguirá sendo utilizada mesmo após o encerramento da pandemia.

5.3. Mudança no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde para Inclusão de Exames

Em 12 de março de 2020, a Agência Nacional de Saúde Suplementar aprovou a Resolução Normativa nº 453, que regulamentou a utilização de testes diagnósticos para infecção pelo Coronavírus, de forma a inserir no rol de procedimentos e tornar obrigatório para todas as operadoras de saúde a realização do exame denominado RT-PCR.

O teste está coberto para os beneficiários de planos de saúde com segmentação ambulatorial, hospitalar ou referência, e será feito nos casos em que houver indicação médica, de acordo com o protocolo e as diretrizes definidas pelo Ministério da Saúde.

Em 28 de maio de 2020, a Resolução Normativa nº 457 da Agência Nacional de Saúde Suplementar determinou a obrigatoriedade de as operadoras de saúde realizarem também os exames de procalcitonina; pesquisa rápida para influenza A e B; PCR em tempo real para influenza A e B; pesquisa rápida para vírus sincicial respiratório; e PCR em tempo real para vírus sincicial respiratório.

¹² Resolução n. 11 de 2018. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/05/RESOLU%C3%87%C3%830-N%C2%BA-11-DE-11-DE-MAIO-DE-2018.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2020.

¹³ Recomendação CFFa nº 19, de 19 de março de 2020. Disponível em: https://www.fonoaudiologia.org.br/cffa/wp-content/uploads/2020/03/Recomendacao_CFFa_19_2020.pdf. Acesso em 27 de julho de 2020.

¹⁴ Resolução n. 516 de 20 de março de 2020. Disponível em: <https://www.coffito.gov.br/nsite/?p=15825>. Acesso em: 27 jul. 2020.



As determinações da Agência Nacional de Saúde Suplementar acompanharam as evidências científicas a respeito da eficiência dos exames, sempre precedidos de recomendação médica.

Decisão da 6ª Vara Federal do Pernambuco determinou a obrigatoriedade de a Agência Nacional de Saúde Suplementar incluir no rol de procedimentos os exames sorológicos. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região deu efeito suspensivo à decisão, em pedido impetrado pela própria Agência Nacional de Saúde Suplementar, contra a decisão singular.

Defendeu a Agência Nacional de Saúde Suplementar¹⁵:

Em suas razões recursais, após historiar aspectos relacionados aos efeitos da pandemia ocasionada pelo SARS-COV-2 (coronavírus ou COVID-19), bem como à implementação das medidas sanitárias de combate a ele, salientou a ora agravante que, por meio da Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020, o Ministro de Estado da Saúde declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), enquanto, com a edição da Resolução Normativa ANS nº 453/2020 – de 13 de março de 2020 – foi incluído, no rol de procedimentos obrigatórios para beneficiários de planos de saúde, o teste de detecção do SAS-COV-2 (o PCR). Ademais, expôs que o teste (PCR) é coberto para os beneficiários de planos de saúde com segmentação ambulatorial, hospitalar ou referência e será realizado nos casos em que houver indicação médica, de acordo com os protocolos e diretrizes definidas pelo Ministério da Saúde. Quanto aos exames IgG e IgM, defendeu a ora agravante que, conquanto eles proporcionem a identificação de anticorpos, não estaria descartada a possibilidade de reatividade cruzada com outros coronavírus não causadores da COVID-19, de modo que, aquilo que denominou de ‘teste padrão ouro’, seria o RT-PCR, já incorporado ao rol de procedimentos obrigatórios da ANS no início da pandemia. Ainda neste concernente, embora tenha reconhecido a utilidade dos testes IgM e IgG, insurgiu-se a ora recorrente contra a realização deles de forma indiscriminada e fora de um contexto de vigilância epidemiológica e de estudos investigativos de grupos populacionais, de modo que a decisão ora impugnada

¹⁵ Decisão do Tribunal Federal de Recursos da 5ª Região. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trf-derruba-obrigacao-exame-sorologico.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2020.



teria resultado na transferência, ao sistema de saúde suplementar, daquilo que - a partir de um juízo subjetivo – se compreende como adequado ao sistema público. Bem assim, argumentou não se fazer presente o perigo na demora – sinalizou a configuração de perigo de dano reverso, a colocar em risco a saúde e a vida da população, além da higidez financeira do sistema de saúde suplementar, composto por operadoras dos mais diversos portes econômicos – notadamente em se considerando o deferimento de medida de impacto sem que sequer ouvidos profissionais de saúde pública, com determinação, ao sistema suplementar de saúde pública, que arque com o pagamento de testes ainda novos no mercado e que vem sendo registrados perante os órgãos competentes em ritmo acelerado. Ao final, salientando que a decisão ora agravada teria implicado a modificação de regras de cobertura – matéria de competência da própria agência agravante – sem o prévio e necessário alinhamento com as políticas traçadas pelo Ministério da Saúde, interferindo em área de alta especificidade científica, pugnou fossem os efeitos dela suspensos.

E decidiu o magistrado Leonardo Augusto Nunes Coutinho, relator convocado, que

(...) não se identifica lesão a direitos fundamentais apta a permitir a interferência judicial, notadamente em sede de tutela de urgência (em contrariedade, inclusive, à regra inserta no art. 2º da Lei nº 8.437/92), inaudita altera pars(em contrariedade, inclusive, à regra inserta no art. 2º da Lei nº 8.437/92).

Isto porque, por meio da Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020, o Ministro de Estado da Saúde declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), enquanto, com a edição da Resolução Normativa ANS nº 453/2020 – foi incluído, no rol de procedimentos de 13 de março de 2020 obrigatórios para beneficiários de planos de saúde, o teste de detecção do SAS-COV-2 (PCR), o qual é coberto para os beneficiários de planos de saúde com segmentação ambulatorial, hospitalar ou referência, devendo ser realizado nos casos em que houver indicação médica, de acordo com os protocolos e diretrizes definidas pelo Ministério da Saúde.

Igualmente como elemento a desaconselhar a interferência do Poder Judiciário e a identificar que o tema se encontra – no mínimo – em 'zona de incerteza', é a constatação de que o contexto sanitário ora vivido é ainda permeado por falta de consensos científicos, seja quanto ao comportamento do SARS-COV-2 (coronavírus ou COVID-19), seja quanto à



eficácia do denominado “passaporte imunológico” (supostamente detectável a partir do teste IgG). Desse modo, merece deferência – ao menos neste momento processual agravante (ANS) - utilização de testes, de forma paulatina e segura, como auxílio no mapeamento de pessoas infectadas, mas sem função diagnóstica, a partir de um contexto harmônico com o de vigilância epistemológica – como aquela que atua de modo a melhor promover a saúde pública no segmento suplementar, considerados, ainda, aspectos de natureza atuarial e de higidez do setor regulado, ainda que se reconheça a utilidade – da realização dos testes IgM e IgG, em adição ao genericamente considerada PCR. [6] Resolvido quanto à probabilidade do provimento do recurso, considera-se presente, também, o risco de dano grave ou de difícil reparação, consubstanciado nos prejuízos advindos da incorporação – por decisão liminar – de nova tecnologia como em setor regulado, sem que haja qualquer mínima obrigatória garantia de efetividade/segurança de tais tecnologias (testes), permitindo-se a aplicação deles em larga escala, com risco à população beneficiária de planos de saúde e, em última análise, ao próprio funcionamento do setor (saúde suplementar – empresas de plano de saúde).

A Agência Nacional de Saúde Suplementar agendou audiência pública para prosseguir no debate sobre a incorporação dos testes sorológicos e afirma em seu portal que

(...) até que o debate e a avaliação técnica da ANS sobre o tema sejam concluídos, e considerando decisão judicial suspendendo os efeitos da medida cautelar proferida na ação civil pública que determinou a inclusão dos testes, estão suspensos os efeitos da Resolução Normativa – RN nº 458/2020 que desde o dia 29/06 obrigava os planos de saúde a cobrirem os testes sorológicos que detectam a presença de anticorpos produzidos pelo organismo após exposição ao Coronavírus. (...)

A ANS lembra que a avaliação para a inclusão dos testes sorológicos no Rol já estava em estudo pela Agência quando uma decisão judicial determinou a incorporação dos exames. A ANS cumpriu a decisão, mas recorreu com base no risco que uma incorporação de tecnologia sem a devida análise criteriosa poderia causar para os beneficiários de planos de saúde. Estudos de sociedades médicas apontam controvérsias técnicas em relação aos resultados desse tipo de exame, ocorrência de alto percentual de resultados falso-negativos e suscitam dúvidas quanto ao uso dos testes para o controle da



Covid-19. Com a decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, reconhecendo os argumentos da ANS, a Agência segue com as análises sobre a viabilidade de inclusão do procedimento no Rol.

A reguladora reforça que está atenta ao cenário de evolução da pandemia pelo Coronavírus e tem trabalhado para garantir tanto a assistência aos beneficiários de planos de saúde, como o alinhamento com as políticas nacionais de saúde. Desde o início da pandemia, a Agência assegurou aos beneficiários de planos de saúde a cobertura obrigatória para o exame SARS-CoV-2 - pesquisa por RT – PCR e incluiu outros seis exames que auxiliam no diagnóstico e tratamento da Covid-19.

A existência de controvérsia entre os cientistas no tocante à eficiência dos exames sorológicos foi apenas uma das que surgiram durante o período de pandemia. Também a utilização de medicamentos, de períodos de isolamento, entre outras ocuparam o debate científico e também o noticiário e as redes sociais, o que dá a dimensão da gravidade da situação vivenciada em todo o mundo ante os escassos conhecimentos científicos sobre a capacidade de contaminação do vírus, os efeitos para a saúde das pessoas e eventuais sequelas que poderão ser verificadas no futuro e tenham relação com a contaminação.

5.4. Liberação de Valores das Reservas Técnicas para as Operadoras de Saúde

Outra medida da Agência Nacional de Saúde Suplementar durante o período da pandemia foi a de colocar à disposição das operadoras de saúde os valores do fundo garantidor, estimados em 15 bilhões de reais. A Agência Nacional de Saúde Suplementar ofereceu às operadoras de saúde a possibilidade de utilizarem recursos do fundo garantidor com a contrapartida da obrigação de atender usuários inadimplentes e continuar pagando regularmente os prestadores de serviços médicos, hospitalares, laboratoriais, entre outros. A maior parte das operadoras de saúde não aceitou a proposta da Agência Nacional de Saúde Suplementar; portanto, não utilizou os recursos do fundo garantidor.

A recusa das operadoras tem fundamento e merece ser analisada. A proposta da Agência Nacional de Saúde Suplementar foi para que as operadoras utilizassem os recursos dos ativos garantidores, mas devolvessem os valores a cada mês, ou seja, constituíssem novas garantias todos os meses em valores compatíveis com suas provisões técnicas. Em outras palavras, poderiam gerir os valores depositados, porém com a obrigação de devolver todos os meses para garantir a solvência das operadoras de saúde.



Os recursos disponibilizados para utilização das operadoras de saúde são recursos da Provisão de Eventos Ocorridos e não Avisados, conhecido pela sigla PEONA. É o valor que a operadora de planos de saúde tem de provisionar para garantir o pagamento dos procedimentos e eventos em saúde que já tenham ocorrido e que ainda não tenham sido lançados contabilmente. A Provisão de Eventos Ocorridos e não Avisados é obrigatória e seu cálculo depende de um atuário que prepara a Nota Técnica Atuarial desta Provisão, que é apresentada ao órgão regulador.

Ela tem por principal objetivo impedir a insolvência porque se constitui em reserva para procedimentos e eventos em saúde já realizados pelo usuário e seus beneficiários na rede credenciada, ou por escolha própria com reembolso no caso dos seguros saúde, sem que esses valores decorrentes da utilização tenham chegado ao conhecimento da operadora e sem que tenham sido contabilizados para pagamento.

Se os valores da Provisão de Eventos Ocorridos e não Avisados garantem a solvência das operadoras e que os prestadores de serviços serão pagos, é fundamental que esse ativo garantidor esteja sempre atualizado e correto. A utilização dos recursos foi autorizada de forma provisória porque a devolução era obrigatória.

Em conformidade com a determinação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, as operadoras que utilizassem os recursos desta Provisão deveriam devolvê-los todos os meses; por isso, a maioria das operadoras de saúde entendeu que seria melhor não assinar o acordo, continuar recebendo mensalidades e atendendo usuários e negociar com os inadimplentes caso a caso quando necessário.

Os recursos existentes nos fundos garantidores não seriam liberados para livre utilização pelas operadoras de saúde. Se utilizados, deveriam ser devolvidos no mesmo mês, o que é muito difícil se as operadoras não receberem o valor das mensalidades e ainda tiverem de prosseguir pagando os prestadores de serviços.

Conclusão

Nunca é demais repetir que a pandemia colocou a sociedade brasileira e mundial diante de um quadro não previsto em nenhum momento da história recente. Temores, incertezas científicas, desequilíbrio da atividade econômica, vida social completamente alterada, um quadro de múltiplas dificuldades que exigiram, de todos, capacidade de superação, resiliência e proatividade na solução dos problemas decorrentes da pandemia.

Para o setor de saúde suplementar, o quadro se mostrou particularmente grave durante a pandemia, e o período posterior também poderá ser difícil. A perda de emprego e de



renda provocará perda do número de usuários, em especial porque a maior quantidade deles está alocada nos planos coletivos por adesão e coletivos empresariais. O período de suspensão de prazo e o temor de os usuários realizarem consultas e exames após o término da suspensão provocaram o represamento da demanda que deverá aumentar em muito nos meses subsequentes aos da queda da curva de contaminação; isso sem contar a preocupação com o eventual agravamento de saúde de muitos usuários que, por temor de contaminação, deixaram de realizar consultas e exames necessários para suas morbidades crônicas, ou para o estado de pós-operatório ou acompanhamento preventivo. Todas essas novas questões terão de ser administradas nos próximos meses, com racionalidade, para que seja possível construir bons resultados.

A expectativa é a de que haverá aumento da inadimplência aos usuários das operadoras de saúde em decorrência da perda de emprego e renda, o que também é um fator desestabilizador para o setor de saúde suplementar e para toda a cadeia de fornecimento de produtos e serviços que está interligada.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar agiu de forma rápida durante os primeiros momentos da pandemia, com medidas que se mostraram acertadas para garantia do equilíbrio dos interesses dos usuários e da solvência das operadoras, da mesma forma como tomou medidas que garantiram o amplo debate sobre as questões colocadas passo a passo durante a crise causada pela pandemia. O caminho do regulador dialógico e gerencial é o que melhor se adapta aos momentos de complexidade e, com certeza, o que poderá produzir melhores resultados para todos.

Para o futuro, o setor de saúde suplementar, os usuários, a Agência Nacional de Saúde Suplementar e as operadoras de saúde terão de prosseguir dialogando para construir soluções que possam evitar o aumento da judicialização no setor; regulação despida de análise de impacto regulatório; ou projetos de lei com bons propósitos, porém redigidos sem respeito aos imperativos técnicos e atuariais que são essenciais para a sustentabilidade dessa atividade.

Que as dificuldades enfrentadas durante o período de isolamento e distanciamento social tenham reavivado a importância do diálogo e da busca de soluções construídas em conjunto.

Referências

ALVES, Sandro Leal. *Fundamentos, Regulação e Desafios da Saúde Suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015.



NITAHARA, Akemi. *ANS restabelece prazos fixados na pandemia*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-06/ans-restabelece-prazos-de-atendimento-flexibilizados-na-pandemia>. Acesso em: 27 jul. 2020.

REZENDE, JM. *À sombra do plátano: crônicas de história da medicina* [online]. São Paulo: Editora Unifesp, 2009. As grandes epidemias da história. pp. 73-82. ISBN 978-85-61673-63-5. Available from SciELO Books. Acesso em: 25 jul. 2020.

WEN, ChaoLung. *Telemedicina do Presente para o Ecosistema de Saúde Conectada 5.0*. Disponível em: https://www.iess.org.br/cms/rep/Telemedicina_Chao.pdf. Acesso em: 27 jul. 2020.

- Tribunal Federal de Recursos da 5ª Região. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trf-derruba-obrigacao-exame-sorologico.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2020.

- Resolução n. 11 de 2018. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/05/RESOLU%C3%87%C3%830-N%C2%BA-11-DE-11-DE-MAIO-DE-2018.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2020.

- Recomendação CFFa nº 19, de 19 de março de 2020. Disponível em: https://www.fonoaudiologia.org.br/cffa/wp-content/uploads/2020/03/Recomendacao_CFFa_19_2020.pdf. Acesso em: 27 jul. 2020.

- Resolução n. 516 de 20 de março de 2020. Disponível em: <https://www.coffito.gov.br/nsite/?p=15825>. Acesso em: 27 jul. 2020.

- <https://www.ufrgs.br/coronavirus/base/uma-comparacao-entre-a-pandemia-de-gripe-espanhola-e-a-pandemia-de-coronavirus/>. Acesso em: 25 jul. 2020.

Uma Comparação entre a Pandemia de Gripe Espanhola e a Pandemia de Coronavírus.

- <https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/sala-de-situacao>. Acesso em: 27 jul. 2020.

- <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/5652-em-2019-beneficiarios-de-planos-de-saude-realizaram-1-62-bilhao-de-procedimentos>. Mapa Assistencial. Acesso em: 27 jul. 2020.

https://issuu.com/confederacaocnseg/docs/uma_nova_saude_suplementar_para_mais_brasileiros_w?fr=sZWJYjYOMjUwNg. Acesso em: 20 jul. 2020. Uma Nova Saúde Suplementar para Mais Brasileiros.



Reflexo do novo momento da saúde, em que distintas especializações se integram e se complementam para oferecer as melhores respostas, é uma felicidade imensa ver economistas, administradores, médicos e operadores do Direito unidos pelo esforço conjunto de compreender os contratempos que acometem o setor e, coletivamente, proporem em um esforço intelectual para o enfrentamento dessas adversidades.

I.E.S.S.

INSTITUTO DE ESTUDOS
DE SAÚDE SUPLEMENTAR



Colégio Permanente de
Diretores de Escolas Estaduais
da Magistratura - COPEDEM



ISBN 978-659903107-6



9

786599

031076